DER AGENT PROVOCATEUR

UND

SEINE BEURTEILUNG NACH DEM REICHSSTRAFGESETZBUCHE.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

WELCHE MIT GENEHMIGUNG

DER VEREINIGTEN FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

AM 12. MÄRZ 1910 VORMITTAGS 11 UHR

ÖFFENTLICH VERTEIDIGEN WIRD

DEUBERT
REFERENDAR
IN HALLE a. S.

ACAD. LUDOVICIANA BIBL.

NEUNKIRCHEN, BEZ. TRIER.
BUCHDRUCKEREI C. A. OHLE.
1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544709_0151

Meinen Eltern!

Meinen Eltern!

Gliederung.

I. Entwickelung des Begriffs „Agent provocateur“ und Ergebnis.

II. Die strafrechtliche Beurteilung des Agent provocateur.

1. Der Agent provocateur — Anstifter.

a) Das Wesen der Anstiftung nach dem Reichsstrafgesetzbuche;

aa) Kohlers Theorie und seine Lehre vom Agent provocateur.

b) „Bestimmen“ und Mittel des Bestimmens in § 48 R.-St.-G.-B.

c) der Vorsatz des Anstifters;

aa) Löwenheims Theorie.

bb) die herrschende Ansicht.

cc) eigene Ansicht.

2. Das Provozieren als delictum sui generis.

3. Gründe, welche die Strafbarkeit des Agent provocateur auszuschliessen geeignet sein könnten,

a) Die Beamteneigenschaft des Agent provocateur;

b) Irrtum des Agent provocateur.

c) Rücktritt vom Versuche und tätige Reue.

aa) des Agent provocateur,

bb) des Angestifteten;

d) die Einwilligung des Verletzten.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

1. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. II, Berlin 1907.
2. Berner, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über dolus und culpa, Berlin 1847.
3. Bindiug, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Leipzig 1907.
4. Birkmeyer, Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, Rostock 1885.
5. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, Berlin 1890.
6. Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme an dem Verbrechen und die mittelbare Täterschaft, Berlin 1888.
7. v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und von der Begünstigung, 1860.
8. v. Buri, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885.
9. Dopffel, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Agent provocateur. Dissertation, Tübingen 1899.
10. Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I. Band, Berlin 1904.
11. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1908.
12. Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand der Verbrechen nach österreichischem Rechte, Innsbruck 1862.
13. Geyer, Teilnahme mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung in Holtzendorfs Handbuch Bd. II.
14. Glaser, Zur Lehre vom Vorsatz des Anstifters, im Gerichtssaal 1858 S. 24 ff. Kleine Schriften S. 95.
15. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, I. Band, Bonn 1881.
16. Heilborn, Der Agent provocateur, Berlin 1901.
17. Herzog, Rücktritt vom Versuche und tätige Reue, Würzburg 1889.
18. Herzog, Ueber Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des R.-St.-G.-B. mit besonderer Rücksicht auf die Lehre von der Teilnahme im Gerichtssaal 1872 S. 435 ff. 1874 S. 28 ff.

19. Katzenstein, Der Agent provocateur vom Standpunkt des R.-St.-G.-B., in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1901, Bd. 21.

20. Kessler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin und Leipzig 1884.

21. Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Bd. I, Mannheim 1890.

22. Kohler, Zur Lehre von der Anstiftung. II. Agent provocateur, in Bd. 40 der Annalen der Grossherzoglich-Badischen Gerichte S. 61 ff.

23. Korn, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, insbesondere der Agent provocateur und der Anstifter bei error in objecto und aberratio ictus, Dissertation. Göttingen 1902.

24. Langenbeck, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1868.

25. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin 1905.

26. Löwenheim, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte, Breslau 1897.

27. Lucas, Die subjective Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte, Berlin 1883.

28. M. E. Mayer, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg, 1899.

29. Meves, Stellung des Anstifters zu § 46 R.-St.-G.-B., im Archiv für Strafrecht 1890 S. 397 ff

30. H. v. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Auflage, 1895.

31. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Ausgabe, Berlin 1901.

33. Ortloff, Aufforderung und Sicherbieten zur Begehung eines Verbrechens und deren Annahme, in G.-S. 67.

34. Reifel, Ueber § 49 a des Strafgesetzbuches und sein Verhältnis zu § 333 St.-G.-B., in G.-S. 42 S. 175 ff.

35. Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, Tübingen 1900.

36. Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1874.

37. v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1884.

38. Singewald, Der Agent provocateur, Breslau 1908.

39. Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904.

40. Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 99, S. 1—130.

Entwicklung des Begriffs „AGENT PROVOCATEUR" und Ergebnis.

Der Begriff des Agent provocateur hat manche Wandlung durchmachen müssen, bis er zu dem geworden ist, unter dem er heute allgemein verstanden wird. Die ersten Spuren führen uns bis in die Zeit des französischen Absolutismus zurück; Frankreich ist die Wiege des Agent provocateur, sein „Idiom stand zu Gevatter"[1]). Damals verstand man unter den Agents (zu ergänzen: de police) provocateurs politische Persönlichkeiten, deren Mission es war, das Vertrauen politisch Verdächtiger zu gewinnen, ihre Pläne zu erforschen und dann den Behörden mitzuteilen. Auf diese Weise erhielt der Staat Material gegen jene Verdächtigen und damit Gelegenheit, sich ihrer mittels der gefürchteten LETTRES DE CACHET zu entledigen[2]).

Die Tätigkeit der Agents provocateurs war also nur politischer Art und beschränkte sich zunächst auf das Ausspionieren der Pläne anderer. Hierbei blieb es jedoch nicht. Gewinnsucht und Ehrgeiz veranlasste die Agenten, da, wo keine Pläne auszuspionieren waren, solche hervorzurufen, und damit entwickelte sich das Provokationssytem, das auch in deutschen Landen Eingang fand und bald zu lebhafter, abfälliger Kritik durch die deutschen Juristen des 19. Jahrhunderts Anlass bot. Hatte noch Breidenbach[3]) gemeint, die Sache selbst sei uns fremd, so konnte man schon kurze Zeit später, im Jahre 48, leidenschaftliche Klagen darüber hören, dass das Gegenteil der Fall sei[4]).

Noch immer galten die Agents provocateurs als politische Persönlichkeiten und zwar sollten sie entweder selbst Polizeibeamte oder doch „Söldling der Polizei" sein und also solche im öffentlichen Interesse „ihre Tätigkeit darauf richten, Indivi-

---

1) Breidenbach, Kommentar I 2, S. 276, A. 1 über das Grossherzogl. Hessische Strafgesetzbuch, 2 Bände. Darmstadt 1842.
2) Näheres bei Dopffel S. 6.
3) a. a. O. S. 275.
4) vergl. die bei Dopffel S. 7 zitierten Worte eines unbekannten Verfassers und die „von einem wahren Brandgeruch durchzogenen Tiraden" Hepps im Archiv des Kriminalrechts 1848 S. 305 ff.

duen, die man gern in schwere Strafen bringen und dadurch beseitigen möchte, zu hochverräterischen Unternehmungen zu verleiten (anzustiften), und wenn sie dieselben glücklich in ihr Netz gebracht hätten, der Obrigkeit verraten“[1]): Gerade hierin sah anscheinend Hepp den Grund dafür, dass der Agent provocateur niemals strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wurde, und mit Recht kämpfte er dagegen an. „Würden solche Subjekte, wenn sie gleich nicht in ihrem, sondern im öffentlichen Interesse solches tun und in dieser schmachvollen Eigenschaft entlarvt werden können, nicht unzweifelhaft als Anstifter des hochverräterischen u. s. w. Unternehmens zu betrachten sein? Oder es täte solches ein Diener der Polizei auf eigene Gefahr und Rechnung um des angeblichen Interesses des Staats willen — sollen solche Schlechtigkeiten noch auf Rechnung eines übertriebenen Amtseifers gehen oder nicht, vielmehr eben dieser Schlechtigkeit wegen als Anstiftung bestraft werden, wenn auch kein eigenes Interesse ihn dazu bestimmt?“

Diese Auffassung leitet zu der Glaser'schen über, die dann allgemein Geltung gefunden hat. Danach ist es für den Begriff des Agent provocateur gleichgültig, ob das Verbrechen, zu dem angestiftet werden soll, politischer Art ist oder sich sonst gegen ein Strafgesetz richtet und ferner ist gleichgültig, welche Stellung der Agent provocateur einnimmt, ob er Beamter, Polizeisöldling oder Privatmann ist. Glaser[2]) nennt allgemein Agent provocateur denjenigen, „der einen anderen zur Verübung eines Verbrechens nur deshalb anstiftet, weil er will, dass dieser sodann überführt und bestraft werde.“

Glasers Begriffsbestimmungen haben, mit geringen oder gar keinen Veränderungen, Geyer[3]), Kohler[4]), Dopffel[5]) und Katzenstein[6]) angenommen, während Korn[7]) noch ein neues Moment hineingebracht wissen will: „Unter einem Agent provocateur versteht man einen Menschen, der einen andern, gewöhnlich jemanden, **der im Verdachte steht, ein Gewohnheitsverbrecher zu sein,** zum Verbrechen verleitet, um ihn dann bei der Ausführung der Tat zu überraschen, auf diese Weise zu entlarven und der Bestrafung zu überliefern“. In der Tat kann dies Moment äusserst wichtig sein, nämlich für die oftmals schwierige Entscheidung der Frage, ob der Täter denn auch von dem

1) Hepp a. a. O.
2) im Gerichtssaal 1858 Bd. (1) S. 33.
3) in Holtzendorfs Handbuch des Strafrechts Bd. 2 S. 349.
4) in den Annalen der Grossherzogl. Badischen Gerichte 1874 Bd. 40. S. 64.
5) a. a. O. S. 3.
6) Der Agent provoc. vom Standtpunkte des R.-St.-G.-B. S. 376.
7) Der Vorsatz des Anstifters, S. 24.

Agent provocateur zur Begehung des Verbrechens bestimmt ist, oder ob er nicht vielmehr unabhängig von jenem den Entschluss zur Begehung des Verbrechens selbst gefasst hat, ob er nicht vielleicht ein ALIAS FACTURUS war; in eine Definition gehört es jedoch nicht.

Die Glaser'sche Begriffsbestimmung hat den Vorzug der Kürze, aber sie bietet kein scharfes Bild, das zu einer einheitlichen Betrachtung des Agent provocateur führen könnte. Dies zeigt sich besonders in Dopffels Arbeit. Dieser hat den Agent provocateur „hinsichtlich der einzelnen Stadien der Anstiftung" betrachtet und dabei haben sich Verschiedenheiten in der strafrechtlichen Beurteilung ergeben, die aus jener Definition gar nicht zu ersehen waren. Mit Recht hat Heilborn[1]) darauf hingewiesen, dass „jene Definition keine Veranlassung zu bieten scheine, die Strafbarkeit des Agent provocateur besonders zu erwähnen". Mit Glaser stimmt er soweit überein, dass die beiden Kardinalfragen: was tut der Agent provocateur — was will er? — gleich jenem dahin beantwortet: Der Agent provocateur stiftet einen andern zur Begehung eines Verbrechens an (offen bleibt dabei, ob dieses „Anstiften" ein Anstiften im Sinne des R.-St.-G.-B. ist); und er will den andern, nachdem er sich trafbar gemacht hat, zur Bestrafung bringen. Im übrigen will Heilborn die Möglichkeiten, wie der Angestiftete sich strafbar machen solle, einzeln hervorgehoben wissen, um daraus einen einheitlichen Gesichtspunkt für die strafrechtliche Beurteilung des Agent provocateur zu gewinnen. Er unterscheidet 4 Kategorien:

a) Der Agent provocateur will nur einen strafbaren Versuch des Täters. Dies ist der typische Agent provocateur-Fall, den manche, so Borchert[2]) und v. Bar[3]), allein in Betracht ziehen: der Agent provocateur ruft vorsätzlich in dem anderen den Entschluss zur Begehung eines Verbrechens hervor, in der Absicht, dass dieser den Entschluss zwar betätige, jedoch nicht bis zur Vollendung der Willensbetätigung, sondern nur bis zu einem strafbaren Versuch gelange.

b) Der Agent provocateur will nur die formale, nicht die materielle Vollendung des Verbrechens durch den Täter, indem er zu einem Absichtsdelikt, z. B. Diebstahl, anstiftet. Bei den Absichtsdelikten hängt der Eintritt der Straffolge von dem Vorhandensein einer über die formelle Ausführung der verbrecherischen Handlung hinausgehenden Absicht ab; diese soll nicht verwirklicht werden.

---

1) S. 5. Der Agent provocateur.
2) die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen
3) Gesetz und Schuld im Strafrecht, S. 643.

„Der Dieb soll die betreffende Sache zwar wegnehmen, aber nur, um mit ihr ergriffen zu werden; er soll sie sich nicht endgültig zueignen; der zu Bestehlende soll nicht wirklich enteignet werden, sondern die Sache alsbald zurückerhalten".

c) Der Agent provocateur stiftet zu einem „generellen Gefährdungsdelikt" an und will dessen Vollendung. Es sind dies nach Merkel[1]) „Handlungen, deren allgemeine Merkmale eine gewisse Gefahr für bestimmte Güter repräsentieren und die vom Gesetzgeber teils ausschliessend, teils mit in Rücksicht auf diese Eigenschaften unter Strafe gestellt sind, ohne dass jedoch die Gefährlichkeit zu den im einzelnen Falle festzustellenden Erfordernissen der konkreten Tat gehören würde." Singewald[2]) nennt sie im Anschluss an Bindig „einfache Delikte". Auch hier ist charakteristisch, dass der Agent provocateur keine Gefährdung eines fremden Rechtsguts will, trotzdem er zu einem Delikt anstiftet, das mit der Tat selbst vollendet ist. Der von Berner[3]) in seinem praktischen Exkurs mitgeteilte Fall des Inkulpaten Johann Gottlieb Baseler diene zur Erläuterung: Ein beauftragter Polizeiagent liess von Baseler mehrere Nachschlüssel und eine Brechstange gegen Bezahlung anfertigen[4]). Nach heutigem Rechte hätte B. eine Uebertretung des § 369 z. 1. St.-G.-B. begangen, zu der ihn der Polizeiagent angestiftet hatte. Aber dieser wusste, dass bei dieser Uebertretung eine Gefährdung der Rechtsgüter, zu deren Schutz dieses Strafgesetz besteht, nicht eintreten konnte; er wollte keine Gefährdung.

d) Der Agent provocateur will eine als DELICTUM SUI GENERIS strafbare Vorbereitungs- oder Teilnahmehandlung. Hierher gehört vor allem der Fall des § 49 a: Der Agent provocateur will zu einer nach § 49 a strafbaren Annahme seiner Aufforderung bezw. seines Erbieten auffordern. Auch hier, wie in dem Falle unter c), dreht es sich um Handlungen, die wegen ihrer Gefährlichkeit mit Strafe bedroht sind[5]); auch hier will der Agent provocateur keine Gefährdung.

---

1) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts S. 45; ebenso Frank zu S. 1 S. 18

2) Der Agent provocateur S. 83.

3) Die Lehre von der Teilnahme S. 241 ff.

4) Baseler wurde in erster Instanz vom Kriminalsenate des Kammergerichts wegen Anfertigung von Instrumenten zur Verübung gewaltsamer Diebstähle zu 3 Monaten Zuchthaus verurteilt. In den Urteilsgründen war ausgeführt dass hier ein „Versuch der Beihilfe" bei dem Verbrechen des gewaltsamen Diebstahls vorläge.

5) Vgl. E. 30, 142.

Diesen 4 Kategorien ist also das eine eigen, dass der Agent provocateur keine Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes will. Demgemäss bestimmt Heilborn[1]) als Agent provocateur denjenigen, „welcher einen anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt, um ihn zur Strafe zu bringen, ohne dass es — nach dem Willen des Agent provocateur — zur materiellen Verletzung des durch die strafbare Handlung angegriffenen oder gefährdeten Rechtsgutes käme."[2])

Der Begriffsbestimmung Heilborn's hat sich Singewald[3]) angeschlossen. Er hebt noch die Möglichkeit besonders hervor,[4]) dass der Agent provocateur einen qualifizierten Versuch des Täters wolle; dann beabsichtige der Agent provocateur allerdings „Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts oder eines subjektiven Rechts neben dem Recht auf Botmässigkeit, nämlich desjenigen, das zweites Angriffsobjekt des subordinierten Gattungsdeliktes ist, hingegen **nicht Verletzung oder Gefährdung jenes Rechtsgutes oder subjektiven Rechts, das zweites Angriffsobjekt des prävalierenden Gattungsdeliktes ist".** Der Gedanke bleibt also derselbe, denn strafrechtlich relevant ist hier das Delikt, dessen materielle Verletzung der Agent provocateur nicht will.

Binding's Ausdrucksweise folgend, formt Singewald die Definition Heilborn's dahin um: „Agent provocateur ist derjenige, der einen anderen in der Absicht, ihn der Bestrafung zuzuführen, zur Begehung einer strafbaren Handlung wissentlich und willentlich bestimmt, ohne Verletzung oder Gefährdung eines zweiten subjektiven Rechts (neben dem Recht auf Botmässigkeit) oder Rechtsgutes, bezw., im Falle die von dem andern zu verübende strafbare Handlung aus mehreren Gattungsdelikten sich bildet, des das zweite Angriffsobjekt des prävalierenden Gattungsdeliktes blidenden Rechtsgutes oder subjektiven Rechts zu wollen".

Heilborns Definition hat vor dieser Umformung den Vorzug grösserer Klarheit voraus. Dabei erreicht sie ihren Zweck: ein klares Bild davon zu geben, was der Agent provocateur tut und was er will. Sie soll daher den nachfolgenden Betrachtungen über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Agent provocateur zugrunde gelegt werden.

---

1) S. 9.
2) Auf dies letztere hat auch schon Kohler in seinen Studien S. 125 als für den Agent provocateur charakteristisch hingewiesen.
3) S. 9.
4) S. 84.

Festzuhalten ist, dass es für den Begriff[1]) des Agent provocateur gleichgültig ist, welcher Art das Verbrechen ist, zu dem angestiftet werden soll; ebenso macht es keinen Unterschied, ob der Agent provocateur Beamter[2]) oder Privatmann ist; so, ob der Drogist von einem verkleideten Polizeiagenten bestimmt wird, eine Ware zu verkaufen, die er nicht verkaufen darf,[3]) oder etwa von dem Lehrjungen eines neidischen Konkurrenten, ob ein Warenhausbesitzer sich zur Entdeckung von Warendiebstählen eines Polizeibeamten oder eines Angestellten als Agent provocateur bedient. Ob die Beamteneigenschaft auf die Strafbarkeit des Agent provocateur von Einfluss ist, ist später zu erörtern.

Statt des französischen Wortes „Agent provocateur" hat sich in letzter Zeit die Bezeichnung „Lockspitzel" in Deutschland mehr und mehr eingebürgert. Geprägt ist sie von Henckell, der in der „Züricher Post" vom 2. 2. 1888 ein satirisches Gedicht mit der Ueberschrift „Lockspitzellied" erscheinen liess[4]). Ob „Lockspitzel" stets in demselben Sinne verstanden wird wie „Agent provocateur", mag dahinstehen; hier soll das Wort die gleiche Bedeutung haben.

---

1) Dass praktisch auch heute noch als Agents provocateurs hauptsächlich Polizeiagenten, und zwar meist auf politischem Gebiet in Frage kommen, haben die jüngsten Enthüllungen über die Tätigkeit der russischen Polizeiagenten im Auslande, namentlich in Frankreich, gezeigt.

2) In den einzigen gesetzlichen Bestimmungen über den Agent provocateur (§ 25 der Oesterreichischen Strafprozessordnung von 23. 5. 1873 und Art. 445 des Württembergischen Strafgesetzbuches vom 1. 3. 1839) ist nur von „Sicherheitsorganen, sowie allen öffentlichen Beamten und Dienern" die Rede.

3) Heilbronn S. 7.

4) „Spitzel"-Spion.

II.

Die strafrechtliche Beurteilung des AGENT PROVOCATEUR.

1. Der Agent provocateur-Anstifter im Sinne des Strafgesetzbuches.

„Agent provocateur ist derjenige, welcher einen anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt". Insoweit stimmt die dieser Arbeit zugrunde gelegte Definition mit der des Anstifters im § 48 St.-G.-B. überein. Aber der Agent provocateur will noch etwas anderes, als der Anstifter im üblichen Sinne des Wortes: es soll nicht zu einer materiellen Verletzung des angegriffenen oder gefährdeten Rechtsgutes kommen. Und so erhebt sich die Frage: Ist dieses Anderswollen des Agent provocateur von Bedeutung für die strafrechtliche Beurteilung; m. a. W.: Ist der Agent provocateur Anstifter im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches? Um diese Frage beantworten zu können, wird es notwendig sein, das Wesen der Anstiftung, wie sie sich nach dem Reichsstrafgesetzbuch darstellt, sowie insbesondere den Vorsatz des Anstifters einer eingehenden Prüfung zu unterziehen.

In der Wissenschaft herrscht lebhafter Streit darüber, ob die Anstiftung ihrem Wesen nach intellektuelle Urheberschaft[1]) oder unselbständige Teilnahme an der Tat des anderen[2]) sei; fast allgemein nimmt man jedoch an, dass das R.-St.-G.-B. diese Streitfrage im Sinne der letzteren Auffassung entschieden habe. Nur wenige Autoren verteidigen auch de lege lata die Auffassung, dass der Anstifter intellektueller Urheber des vom Angestifteten begangenen Verbrechens sei, vor allem Kohler[3]) in seinen Studien aus dem Strafrecht. Die Konsequenzen, die sich aus dieser Auffassung gerade für die strafrechtliche Beurteilung des Lockspitzels ergeben, sind zu wichtig, als dass man stillschweigend darüber hinweggehen könnte. Kohlers Gründe für seine Stellungnahme sind daher auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen.

Kohler beruft sich zunächst darauf, dass die Systematik des St.-G.-B., an der die herrschende Ansicht eine Stütze zu haben scheine, nicht von entscheidender Bedeutung sei. „Die Stellung in der Nomenklatur des Gesetzbuches ist um so weniger von Wichtigkeit, als die Gesetzgebung mit Recht die Nomenklatur nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit behandelt und

1) So insbesondere Berner a. a. O. S. 269 ff., v. Liszt S. 225, Korn S. 1 ff., Löwenheim S. 3 ff., besonders S. 5; vergl. auch die dort angegebene Literatur.

2) So v. Bar S. 616, Schütze, notwendige Teilnahme am Verbrechen 1869, S. 256 ff.

3) a. a. O. S. 106 ff.

nicht mit dieser wissenschaftlichen Genauigkeit behandeln will. Die Systematik ist nicht Sache des Gesetzes; der Zweck des Gesetzes ist es, die einzelnen Bestimmungen unter leicht fassliche Rubriken zu bringen".

Gewiss ist Kohler darin Recht zu geben, dass die Systematik nicht entscheidend sei. Immerhin aber ist sie von Bedeutung, hier ist sie sogar, wie Katzenstein[1]) aus der Entstehungsgeschichte des § 48 nachgewiesen hat, von ganz besonderer Bedeutung: Bei der Abfassung des § 48 wurde der § 34 Z 1 des Preuss. St.-G.-B. zu Grunde gelegt. Das Preuss. St.-G.-B. hat nun aber, in scharfem Gegensatz zu anderen Landesstrafgesetzbüchern, so z. B. dem Bayerischen von 1813, die den Standpunkt der Urheberschaftstheorie vertraten und demgemäss den Anstifter mit dem physischen Täter zusammen in denselben § unter der Rubik „Urheber" behandelten, die Anstiftung als unselbständige Teilnahme behandelt[2]) und ihr folgerichtig ihre Stellung unter der Rubrik „von der Teilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen" angewiesen. Wenn also das R.-St.-G.-B. in der Rubrizierung dem Preuss. St.-G.-B. gefolgt ist, so ist wohl kaum anzunehmen, dass es dem Gesetzgeber hier nur darum zu tun war, die Bestimmung des § 48 „unter eine leicht fassliche Rubrik zu bringen".

Das wichtigste Argument für oder gegen Kohlers Theorie bildet freilich der Wortlaut des § 48; und auch diesen will Kohler[3]) für sich in Anspruch nehmen: „Die Ausdrucksform, dass der Anstifter bestraft wird, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung bestimmt hat, will nichts weiter besagen, als dass eben ein selbstverantwortlicher und darum strafbarer Täter vorhanden sein muss, welcher sich die Tat als seine Tat anrechnen muss, weil er die nötige Reaktion gegen die erregten Motive unterlassen hat. Dass aber darum die Tat nicht auch zugleich die Tat[4]) vorausgesezt wird, welcher durch Erregung von Motiven die Tat kausiert hat, ist in keiner Weise aus den Worten des Gesetzes zu entnehmen".

Dem muss jedoch mit aller Entschiedenheit widersprochen werden. Der Satz „zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung" ist, wie die Motive erklären, in den Entwurf des St.-G.-B. eingefügt, um dadurch der Annahme einer strafbaren erfolglosen Anstiftung entgegenzutreten. Es muss

1) S. 391 ff.
2) S. Hälschner, System des Preuss. Strafrechts, 1. Teil 1858, S. 319 ff.
3) S. 111.
4) Soll wohl heissen: als die Tat dessen. . .

also eine strafbare Handlung begangen sein, damit strafbare Anstiftung vorliegt. Von wem? Das beantwortet das Gesetz in unzweideutiger Weise: von dem Angestifteten! Dieser ist der Täter; und der Anstifter muss ihn dazu bestimmt haben, Täter zu werden. Dass aber der Täter nicht etwa daraus einen Strafausschliessungsgrund herleiten kann, dass er von einem anderen vorsätzlich bestimmt ist, die Tat zu begehen, dass er also „selbstverantwortlich" ist, das hat das Gesetz in § 48 sicherlich nicht zum Ausdruck bringen wollen!

Der Wortlaut des § 48 ist also kein Beweis für Kohlers Theorie:[1]) er beweisst gerade im Gegenteil, dass das Reichsstrafgesetzbuch den Anstifter als unselbständigen Teilnehmer an der Tat des anderen auffasst.

Seiner Auffassung der Anstiftung entsprechend hat Kohler die Lehre vom Agent provocateur konsequent durchgeführt; sie mag deshalb in diesem Zusammenhang kurz dargestellt werden.

Nach Kohler kausiert der Anstifter die Tat; „es sind daher zwei Täter vorhanden, der Anstifter als intellektueller Täter und der „Täter" als intellektueller und faktischer Täter zugleich". [2]). Auch der Anstifter muss Tätervorsatz haben. „Es ist unrichtig, zwischen Anstifterwillen und Täterwillen zu unterscheiden; denn der Anstifter will die Tat, er will sie eben durch das Medium des faktischen Täters. [3])

Was ergibt sich nun hieraus für den Agent provocateur?

„Wer blos einen Versuch will, d. h. wer eine Tätigkeit, die, zu Ende geführt, sich als Delikt darstellen würde, nur zum Studium des Versuches bringen will,[4]) der hat keinen deliktuosen Dolus. Daher kann der Agent provocateur nicht strafbar sein, wenn er bloss einen Versuch herbeiführen will, um den Täter auf dem Versuch zu ertappen. Allerdings kann die Sache dem Agenten über den Kopf wachsen und es kann sein, dass die besten Massnahmen nicht verhüten, dass das Stadium des Versuches überschritten wird; allein dann kann das Uebermass höchstens zur culpa, nicht zum dolus angerechnet werden. [5])

Ebenso bleibt der Agent provocateur straflos, der zu einem Absichtsdelikt anstiftet. [6]) „Die faktische Ausführung allein erfüllt den Tatbestand des Deliktes nicht, sondern nur die Ausführung in bestimmter Absicht, sodass die betreffende fak-

---

1) S. auch die eingehende Kritik Kohlers bei Löwenhein, der Vorsatz des Anstifters, S. 13 ff.
2) S. 114.
3) S. 129.
4) Vgl. S. 3 Gruppe a.
5) S. 122 ff.
6) Vgl. S. 3 Gruppe b.

tische Handlung die Dienerin von weitergehenden Plänen sein muss, auf dass der Tatbestand des Deliktes erfüllt werde." Dies ist beim Agent provocateur nicht der Fall, er will den „2. Akt des deliktuosen Dramas" nicht; dieser aber muss, „wenn nicht ausgeführt, so doch mindestens intendiert" sein.[1])

„Wo allerdings bereits mit dem ersten Akte das Drama beendet ist, welches die Rechtsordnung als kriminell brandmarkt, sodass auch nicht ein weiterer Erfolg beabsichtigt zu sein braucht, da ist der Agent provocateur als Täter zu bestrafen, sofern er die Vollendung gewollt hat — es müsste denn sein, dass der Verletzte einwilligt[2]). Das geht aber auch über die Sphäre des Agent provocateur hinaus. Sofern eine Verletzung der Rechtsordnung schon in sich abgeschlossen ist, ist sie kein geeignetes Ziel für den Agent provocateur"[3]).

Danach muss Kohler den Agent provocateur in den Fällen, wo dieser zu einem „generellen Gefährdungsdelikt" oder zu einer als delictum sui generis strafbaren Vorbereitungs- oder Teilnahmehandlung anstiftet,[4]) bestrafen, denn hier braucht ein weiterer Erfolg, als der vom Agent provocateur gewollte, nicht berücksichtigt zu sein, eine Gefährdung der Rechtsordnung muss in konkreto nicht vorliegen. Auch die Provocation zu einem qualifizierten Versuch entscheidet Kohler in gleichem Sinne. „Der erste Akt des Deliktes bildet, auch ohne weitere Absicht, ein delictum sui generis und die hinzukommende Absicht, qualifiziert lediglich das Delikt nach der einen oder anderen Seite; in solchem Falle wäre der Agent provocateur wegen des einfachen Deliktes strafbar."

Es mag Kohler zugegeben werden, dass von „seinem Standpunkt aus die Behandlungsweise des Agent provocateur einfach und sicher ist[5]). Aber sie geht von der unrichtigen Voraussetzung aus, dass die Anstiftung intellektuelle Urheberschaft sei, kann daher auch nur dogmatische Bedeutung beanspruchen[6]).

Die Ausdrucksweise des R.-St.-G.-B. „wer einen anderen vorsätzlich bestimmt" hat vielfach zu Bedenken Anlass gegeben. Man hat geltend gemacht, dass, da das Gesetz die Willensfreiheit anerkannt hätte, auch nicht von Bestimmen eines anderen gesprochen werden dürfe; korrekter müsse es

---

1) S. 124.
2) Auf Kohlers Ansicht über die Bedeutung der Einwilligung des Verletzten für Agent provocateur und Täter werden wir später zurückkommen.
3) S. 125.
4) Vgl. oben S. 4 Gruppe c und d.
5) S. 125.
6) S. 122.
7) Ebenso aus demselben Grunde Geyers Ansicht über den A. p.; s. Erörterungen S. 120.

heissen: „Wer absichtlich auf einen anderen intellektuell in der Weise einwirkt, dass dieser sich zum Verbrechen bestimmt."[1]) Damit dürfte die Aengstlichkeit in der Wahl der Worte entschieden zu weit getrieben sein. Wenn man davon spricht, man habe einen anderen bestimmt, an einer Reise teilzunehmen, so wird niemand mit diesen Worten die Vorstellung verbinden, die freie Selbstentschliessung des anderen sei durch das „Bestimmen" irgendwie in Frage gestellt gewesen; und auch das R.-St.-G.-B. kann und will nur das unter „Bestimmen" verstehen, was der Sprachgebrauch des täglichen Lebens darunter versteht. Nach ihm aber heisst „Bestimmen": in einem anderen einen gewissen Widerstand überwinden, sodass dieser Lust zu der Handlung bekommt, sie begehrt. Mit Widerstand soll nicht gesagt sein, dass der andere sich zunächst den Einflüsterungen des Versuchers unzugänglich zeigen müsste; der Widerstand braucht nur vom Standpunkt des Versuchers aus vorhanden zu sein: in der Seele des anderen ruht etwas, was in Fluss kommen soll; und er, der Versucher, will es in Fluss bringen. Nur dann ist er Anstifter, wenn der aus dem Begehren der Handlung erwachsende Willensentschluss in dem anderen auf sein Wirken zurückzuführen ist; niemals ist er Anstifter, wenn der Willensentschluss, eine Handlung zu begehen, auch ohne sein Zutun vorhanden ist. Daraus ergibt sich die Unmöglichkeit der Anstiftung eines alias facturus.[2])

Unzweifelhaft richtig ist es, wenn Heilborn[3]) sagt: „Der Anstifter vollbringt es nicht aus eigener Kraft, den anderen zur Begehung eines Verbrechens zu bestimmen; es kommt ihm dabei eine fremde Kraft zu Hilfe, über die er nicht verfügt, welche er nicht beherrscht. Diese Kraft setzt sich aus dem Charakter und den Gefühlen des Angestifteten zusammen." Alle Willensentschlüsse der Menschen zum Handeln entstehen — so lehrt die Philosophie — aus Unlustgefühlen heraus. Diese können im Menschen wach, ihm bewusst sein; sie können aber auch unter der Schwelle des Bewussten zurückgedrängt sein. Je nachdem ist es die Aufgabe des Anstifters, das Unlustgefühl des anderen auszunutzen oder es wachzurufen und zu steigern und es in Beziehung zu einer bestimmten Tat zu bringen. Dazu dienen ihm die Mittel: sie sollen die Gefühle hervorrufen, welche die „Motive" bilden.

---

1) So, wie früher schon Berner, Teilnahme S. 274, Langenbeck, Teilnahme S. 146, Korn, S. 14.
2) Olshausen § 48, Anm. 4, Finger S. 346.
3) S. 65. Heilborn will daher die Anstiftung als Mitursache des vom Angestifteten gefassten Entschlusses bezeichnen S. 75.

Als Mittel zählt das R.-St.-G.-B. „Geschenke, Versprechen, Drohung, Missbrauch des Ansehens, Gewalt und absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums" auf; durch den Zusatz „oder andere Mittel" lässt es jedoch erkennen, dass die Aufzählung nicht erschöpfend ist, vielmehr nur besonders häufig vorkommende Mittel als Beispiele gebracht sein sollen. Jedes andere Mittel, welches geeignet ist, das ausschlaggebende Motiv hervorzurufen, kommt in Betracht, so Gebärden und scheinbares Abraten[1]).

Geschickte Wahl der Mittel unter Berücksichtigung des Charakters und der Intelligenz des anderen — das ist es, was „die fremde Kraft, über die der Anstifter nicht verfügt", nach einer bestimmten Richtung hin in Fluss zu bringen vermag und zwar nach der Richtung des Begehrens der Handlung und des Fassens des Willensentschlusses hin. Gelingt das, so ist der andere zur Begehung der strafbaren Handlung „bestimmt". Auch wenn der andere selbst schon zum Begehren der Handlung — jedoch noch nicht zur Fassung des verbrecherischen Entschlusses — gekommen ist, kann noch eine anstiftende Tätigkeit einsetzen, indem sie das Begehren, das nicht stark genug war, steigert, es gewissermassen hindrängt zum Entschluss. Hat aber der andere selbständig den Entschluss schon gefasst, so kann von Antiftung keine Rede sein.

Darum liegt in dem blossen Verschaffen von Gelegenheit zur Begehung einer strafbaren Handlung noch keine Anstiftung, selbst dann nicht, wenn eine besonders günstige Gelegenheit nur in der Absicht bereitet wird, den anderen dadurch zum Verbrechen zu verleiten, wie gegen M. E. Mayer[2]) und v. Bar[3]) anzunehmen ist. Heilborn[4]) vermisst hier mit Recht die intellektuelle Einwirkung und nimmt daher nur Beihilfe an.

Die Grenze zwischen Anstiftung und intellektueller Beihilfe ist oft sehr schwer zu finden; und es ist jedesmal sorgfältig zu prüfen, ob da eine oder die andere Form der Teilnahme vorliegt. Wie schon einmal erwähnt,[5]) ist diese Prüfung dann von besonderer Wichtigkeit, wenn es sich um einen Lockspitzel handelt. In der Tat wird der Lockspitzel in den weitaus meisten Fällen sich um die Entlarvung von Gewohnheitsverbrechern bemühen, auch von solchen, die nur auf eine Gelegenheit warten, um die Rechtsordnung zu verletzen. Man nehme folgenden Fall:

---

1) v. Bar, S. 630.
2) Der Kausalzusammenhang S. 120.
3) S. 633 Anm. 74 d.
4) S. 68.
5) s. oben S. 2.

Zwei Grenzzollbeamte sitzen in einem Wirtshaus im Gespräch. Gelegentlich bemerkt der eine, als er das Zimmer auf kurze Zeit verlässt, dass im Nebenzimmer, nur durch eine dünne Bretterwand von ihnen getrennt, ein berüchtigter Schmuggler sitzt, den zu erwischen aber noch nicht gelungen ist. Dieser weiss nicht, dass er gesehen ist. Darauf baut der Beamte seinen Plan, von dem er den anderen verständigt. Sie unterhalten sich im gewöhnlichen Gesprächston, jedoch so, dass der Schmuggler alles hören kann, von einem angeblich vorbereiteten Streifzug auf Schmuggler. Es sei sichere Kunde gekommen, dass an dem und dem Tage ein grosser Transport Waren auf einem bestimmten Wege über die Grenze gepascht werden sollte. Alle Zollbeamten sollten deshalb in der Nacht in der Nähe dieses Weges zusammengezogen werden. „Und der Weg durch die Schlucht?" — fragt der andere Beamte — „Muss unbewacht bleiben; doch da kommt ja auch keiner." Der Plan gelingt. Der Schmuggler sucht in der Nacht auf dem angeblich unbewachten Wege Waren über die Grenze zu bringen und wird von den dort postierten Beamten erwischt.

Zweifellos ist hier das planmässige Sprechen des Beamten die Veranlassung für die Begehung dieser Tat gewesen. Der Schmuggler hat vielleicht sogar das Schmuggeln wegen der scharfen Kontrolle der Regierung schon aufgegeben und glaubt nur, noch einmal einen günstigen Zug tun zu können. Dennoch ist er zu dem Verbrechen nicht von dem Beamten „bestimmt", hat vielmehr den Entschluss selbständig gefasst auf Grund seiner allgemeinen Bereitwilligkeit zur Begehung derartiger Delikte bei günstiger Gelegenheit. Im gleichen Sinne sind die von Heilborn[1]) gegebenen Beispiele zu entscheiden. Alle solche Fälle scheiden für die strafrechtliche Beurteilung des Agent provocateur aus.

Während an sich auch fahrlässige Anstiftung denkbar ist — man erinnere sich nur der zahlreichen Verbrechen, die auf die Rechnung der Schundliteratur zu setzen sind! —, ist nach dem R.-St.-G.-B. nur das vorsätzliche Bestimmen eines anderen zur Begehung eines Verbrechens als Anstiftung strafbar. Streitig ist, ob Anstiftung mit dolus eventualis möglich ist;[2]) Einer Entscheidung dieser Streitfrage bedarf es hier aber nicht. Wie wir gesehen haben, ist dem Vorsatz des Anstifters und dem des Agent provocateur das gemeinsam, dass der andere „zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt" werden soll (s. S. 7). Sofern beim Anstifter dazu der eventuelle Vorsatz genügt, muss er auch beim Lockspitzel ausreichen.

---

1) S. 69, 73, 74.
2) Finger I. S. 346, bejaht dies; a. A. Kohler, Studien S. 80, v. Bar S. 619.

Noch in einem anderen Sinne kann der dolus eventualis beim Agent provocateur in Betracht kommen, nämlich wenn dieser sich sagt: Ich will zwar zunächst nicht, dass die strafbare Handlung wirklich vollendet wird; wird sie aber dennoch vollendet, so ists mir auch recht. Dass diese Besonderheit des Lockspitzelvorsatzes aber nicht von Bedeutung für die strafrechtliche Beurteilung des Agent provocateur ist, ergibt sich aus den Ausführungen S. *22* ff.

Welcher Art ist nun der Vorsatz des Anstifters? Richtiger ausgedrückt: worauf geht der Vorsatz des Anstifters? Dies ist die Kernfrage für die Beurteilung des Agent provocateur. Muss der Vorsatz des Anstifters die Tat des Angestifteten mit umfassen oder nicht? Nicht die Elemente des Vorsatzbegriffes haben wir zu prüfen; der Streit: hier Vorstellungstheorie hier Willenstheorie, interessiert hier nicht;[1]) für uns kommt es lediglich darauf an, zu erkennen, welches ist der **Erfolg** der Anstiftung, wie weit muss also der Vorsatz des Anstifters gehen? Drei Ansichten sind möglich und in der Literatur vertreten. Die erste sagt: Erfolg der Anstiftung ist die Hervorrufung des verbrecherischen Willensentschlusses in einem anderen; nur diese braucht der Anstifter zu wollen. Vertreten wird sie von Borchert[2]) und mit besonderer Schärfe von Löwenheim[3]).

Die zweite Ansicht, die man nach der Zahl ihrer Vertreter als die herrschende bezeichnen kann, sieht als Erfolg der Anstiftung die Tat des Angestifteten an; demgemäss muss nach ihr der Vorsatz des Anstifters die Tat mit umfassen. Im Ergebnis kommt sie Kohlers Lehre nahe. Die dritte Ansicht endlich bewegt sich in der Mitte zwischen den beiden anderen, indem sie den Satz aufstellt: Erfolg der Anstiftung ist die Herbeiführung des verbrecherischen Entschlusses und die Handlung, so wie sie durch die Tätigkeit des Angestifteten erfolgen wird. Als ihre Anhänger sind Heilborn und v. Bar zu nennen.

Gemeinsam ist allen drei Ansichten, dass sie einen besonderen Anstifterdolus anerkennen, der mit dem Tätervorsatz nicht identisch ist. Hierin unterscheidet sich auch die herrschende Ansicht theoretisch scharf von Kohlers Lehre[4]). Dass in der Tat Anstiftervorsatz und Tätervorsatz nicht dasselbe sind, ergibt sich aus der unbefangenen Würdigung des Wesens der Anstiftung als akzessorischer Teilnahme. Wenn A den B dazu anstiftet, dass er den C verprügelt, so kann man nicht sagen: A will den C durch den B verprügeln lassen; richtig

1) s. Löwenheim a. a. O. S. 16 f.
2) a. a. O. S. 68.
3) s. S. 18, 19, 21, 26, 60.
4) s. oben S. 9.

ist vielmehr: A sucht sich einen anderen — den B — ob der vielleicht den C verprügelt; m. a. W. er will etwas anderes, als der faktische Täter. Was er will, scheint sich aus dem Wortlaut des § 48 sehr einfach zu ergeben: der Anstifter will einen anderen dazu bringen, eine strafbare Handlung zu begehen. Aber mit diesem Satz ist für unsere Untersuchungen nichts gewonnen, nur eine eingehende Prüfung der oben erwähnten Ansichten kann zum richtigen Ergebnis führen.

Wenig Schwierigkeiten macht die Widerlegung der Löwenheimschen Ansicht, der Vorsatz des Anstifters ginge nur darauf, den Willensentschluss zur Begehung einer strafbaren Handlung in dem anderen hervorzurufen. Folgendes Beispiel vermag die Unrichtigkeit dieses Satzes zu zeigen:

Der Anarchist A kennt B, einen von anarchistischen Gedanken erfüllten, unruhigen Menschen, der schon oft den Entschluss gefasst hat, den Kaiser zu ermorden, ihn aber noch nie betätigt hat. Eines Abends stiftet A den B durch Drohungen an, am folgenden Tage ein Attentat auf den Kaiser zu verüben. B schreitet infolge der Anstiftung zur Tat, sein Anschlag wird jedoch rechtzeitig entdeckt und vereitelt.

Worauf ging der Vorsatz des A: dass B den verbrecherischen Entschluss fasste? Sicher nicht! A weiss ja, wie oft B schon ähnliche Entschlüsse gefasst hat, ohne sie nachher auszuführen. Sein Vorsatz ging vielmehr darauf, dass er den B dazu bringe, das Attentat wirklich zu verüben. Einem entscheidenden Entschluss des B wollte er; und dieser liegt, wie v. Bar[1]) richtig bemerkt, erst dann vor, wenn der Angestiftete mit der Ausführung beginnt.

Zu wie unhaltbaren Ergebnissen Löwenheim kommen muss, zeigt sich in dem Beispiele, in welchem er den umgekehrten Fall untersucht[2]).

„A stiftet den B an, den C zu ermorden. Er hat aber dabei von vornherein die feste Ueberzeugung, dass B viel zu feige ist, um eine derartige Tat auszuführen, dass daher das Verbrechen nie begangen werden wird, und nur in dieser Ueberzeugung unternimmt er die Anstiftung. Nun fasst B dennoch wider Erwarten auf Grund der Anstiftung den verbrecherischen Entschluss und führt die Ermordung des C tatsächlich durch ...

Liegt nun der Fall so, dass A in der Tat die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses in B als Wirkung seiner anstiftenden Tätigkeit vorausgesehen und sich lediglich darauf verlassen hat, es werde dem B nachher bei der Begehung der Tat der Mut zu ihrer Durchführung entsinken, so liegt zweifellos vorsätzliche Anstiftung zur Ermordung des C vor:

---

1) S. 621.
2) S. 48.

A ist daher als Anstifter zu diesem Morde mit dem Tode zu bestrafen."

Ihm selber unbewusst hat Löwenheim in diesen letzten Sätzen der richtige Gedanke vorgeschwebt, dass der entscheidende Entschluss erst dann vorliegt, wenn der Angestiftete zu handeln beginnt, dass also der Anstifter das Handeln des Angestifteten wollen (voraussehen) muss; daher die Gegenüberstellung von „Begehung" und „Durchführung" der Tat. Freilich ist dies eine Inkonsequenz gegenüber seinem Ausgangsgedanken, dass A die Anstiftung nur in der Ueberzeugung unternommen hat, „dass das Verbrechen nie begangen wird"; die letzten Sätze müssten daher folgerichtig lauten: A sieht die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses in B als Wirkung seiner anstiftenden Tätigkeit voraus, ist aber der festen Ueberzeugung, dass B den Entchluss nie betätigen wird. Wider Erwarten betätigt B ihn dennoch. A ist wegen Anstiftung zum Morde mit dem Tode zu bestrafen. Die Unhaltbarkeit dieser Entscheidung liegt auf der Hand.

Löwenheim begründet seine Ansicht folgendermassen: Der Vorsatz des Anstifters muss auf den Erfolg der Anstiftung gerichtet sein. Anstiftung ist aber nach der Begriffsbestimmung des St.-G.-B. die vorsätzliche Bestimmung eines anderen zum Verbrechen, d. h. die Tätigkeit, durch welche in dem Angestifteten der Entschluss, das Verbrechen zu begehen, hervorgerufen werden soll. Folglich stellt einzig und allein die Hervorrufung dieses verbrecherischen Entschlusses in dem Angestifteten den Erfolg der Anstiftung dar. Demgemäss braucht auch der Vorsatz des Anstifters nur diese Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses als Erfolg zu umfassen[1]).

So überzeugend diese Ausführungen auf den ersten Blick vielleicht erscheinen — richtig sind sie nicht: Man muss Katzenstein[2]) darin Recht geben, „dass Erfolg eine sinnfällige Veränderung in der Aussenwelt sei, nach Löwenheims Lehre aber bei der Anstiftung der Erfolgseintritt gebunden werde an den ganz unkontrollierbaren, der Erkenntnis unserer Sinne vollkommen entzogenen Moment, in welchem der Anstifter das Seelenleben eines anderen entscheidend in der Richtung auf eine strafbare Handlung hin beeinflusst". Heilborns[3]) Einwand, dass die Hervorrufung des Entschlusses beim Angestifteten mindestens dann ein sinnfälliger Erfolg werde, wenn der letztere zur Ausführung schreite, besagt dagegen nichts. Hierin liegt vielmehr gerade die treffendste Kritik der Löwenheimschen Theorie. Das Strafrecht richtet sich gegen den

1) S. 18 und 20.
2) S. 416.
3) S. 82.

rechtswidrigen Willen — das ist allgemein anerkannt —, aber dieser Wille muss sich in der Erscheinungswelt betätigt haben. Wie daher zu jedem verbrecherischen Entschluss die Willensbetätigung hinzukommen muss, damit eine strafrechtliche Beurteilung überhaupt einsetzen kann — cogitationis poenam nemo patitur, nec consilium habuisse nocet, nisi et factum secutum fuerit; l. 18 D 48, 19 — so muss auch zur Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses in einem anderen die Willensbetätigung des anderen hinzukommen, damit Anstiftung vorliegt, d. h. der Vorsatz des Anstifters muss mindestens auf die Willensbetätigung des Angestifteten gehen.

Und dies beachtet Löwenheim nicht. Darum beruft[1]) er sich zu Unrecht auf von Liszt; denn dieser sagt[2]): „Erfolg der Anstiftung ist zunächst die Hervorrufung des Entschlusses zur Handlung in dem Täter. Aber dieser Erfolg ist nicht an sich, sondern nur dann strafbar, wenn der Entschluss des Täters zu der, sei es vollendeten, sei es auch nur versuchten strafbaren Handlung geführt hat."

Richtig ist m. E. zu sagen: Anstiftung ist die vorsätzliche Bestimmung eines anderen zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung, d. h. also die Tätigkeit, infolge deren ein anderer die strafbare Handlung begeht, die der Anstifter aus irgend einem Grunde nicht begehen kann oder will. Erfolg der Anstiftung ist also, dass ein anderer eine strafbare Handlung begeht, und diesen Erfolg muss der Vorsatz des Anstifters umfassen[3]).

Dies ergibt sich auch daraus, dass die Anstiftung nicht nur dann misslungen ist, wenn der Anstifter den verbrecherischen in dem anderen überhaupt nicht hervorzurufen vermochte, sondern auch dann, wenn dieser den Entschluss zwar fasste, aber aus irgend einem Grunde nicht betätigte. Löwenheims Theorie, die in der Hervorrufung des verbrecherischen

---

1) S. 35.
2) S. 226.
3) Dies erkennt Katzenstein S. 417 an: „Wir kommen zu dem Ergebnis, dass der Erfolg der Anstiftung im Sinne des R.-St.-G.-B., aber freilich abweichend vom Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, über den Moment der Bestimmung des Täters hinaus bis zur Begehung der Straftat durch denselben verschoben wird. Erfolg der Täterhandlung und Erfolg der Anstiftung im juristisch-technischen Sinne fallen demnach zeitlich zusammen." Trotzdem kommt er dann freilich zu dem überraschenden Ergebnis: „Da der Vorsatz im Voraussehen (bezw. Wollen) des Erfolges besteht, so muss auch der Anstifter die Vollendung der Tat voraussehen (bezw. wollen). Damit ist die Möglichkeit einer Anstiftung zum Versuche verneint!" Und dies nur wegen des zeitlichen Zusammenfallens des Erfolges der Anstiftung mit dem Erfolg der Täterhandlung!

Entschlusses in dem anderen den Enderfolg der Anstiftung erblickt, kann somit nicht als richtig anerkannt werden.

Während Löwenheim von seinem Standpunkt aus den Anstiftervorsatz des Agent provocateur bejaht und demgemäss den Lockspitzel „für jede auf Grund des von ihm hervorgerufenen Entschlusses von dem Angestifteten begangene strafbare Handlung verantwortlich" macht[1]), muss die herrschende Ansicht zum entgegengesetzten Ergebnisse kommen. Nach ihr muss der Vorsatz die Tat als zu vollendende umfassen; diesen Vorsatz hat der Agent provocateur nicht, folglich ist er nicht Anstifter.

Von den Schriftstellern, die sich ex professo mit dem Agent provocateur beschäftigt haben, vertreten diese Ansicht Dopffel, Katzenstein, Korn und Singewald. Singewald hat seiner eigentlichen Abhandlung über den Agent provocateur eine 80 Seiten lange Erörterung über die Grundbegriffe des Strafrechts[2]) und die Tätigkeit des Anstifters vorausgeschickt, sodass es geradezu unmöglich erscheint, aus diesem Zusammenhang die hier interessierenden Sätze: „Vorsatz ist normwidriger Wille, normwidrig aber nur der auf Herbeiführung der durch die Norm hintanzuhaltenden Veränderung der Aussenwelt gerichtete Wille; Anstiftung ist Mitübertretung der Norm, die der Täter übertritt: so muss der Anstiftervorsatz auf Herbeiführung jener Veränderung, auf Herbeiführung des das Gattungsdeliktes krönenden Erfolges gerichtet sein"[3]) — herauszureissen und kritisch zu beleuchten.

Dopffel ist sich der Bedeutung der hier zu behandelnden Frage für die Beurteilung des Agent provocateur anscheinend nicht recht klar geworden. In seiner Arbeit, die in der Hauptsache kasuistisches Material bringt, begnügt er sich, mehrere Autoren (die aber garnicht einmal dieselbe Ansicht vertreten!) zu zitieren[4]) und zu folgern: „Der Vorsatz des Anstifters selbst braucht kein Tätervorsatz zu sein; dagegen muss natürlich sein Wille darauf gerichtet sein, dass der **Angestiftete** sämtliche zum Tatbestand des betr. Delikts erforderlichen Merkmale in seinen Dolus aufnehme und zur Ausführung desselben infolge der Anstiftung schreite. Ein voller Anstifterdolus liegt **daher** nicht vor, wenn der **Anstifter** nicht will, dass der Angestiftete die zu stehlende Sache sich auch wirklich aneig-

---

1) S. 51. Zu beachten ist, dass Löwenheim bei der strafrechtlichen Beurteilung des Agent provocateur nur die Frage nach seinem Vorsatz untersucht.

2) durchaus vom Standpunkt der Bindingschen Normenlehre aus.

3) S. 64 ff.

4) s. S. 11 und 15.

nen solle — mag dieser auch in solcher Absicht tätig geworden sein." Dass dieser Schluss unrichtig ist, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Erhebliche Gründe machen dagegen Katzenstein und Korn für ihre Ansicht geltend. Beide weisen zunächst auf die Bedeutung der Abwendung des Erfolges durch den Täter hin und ziehen daraus einen Analogieschluss auf den Agent provocateur, der ja ebenfalls den Erfolg abwenden will.[1]) Hiermit haben wir uns später noch des Näheren zu beschäftigen, sodass ein Eingehen an dieser Stelle sich erübrigt. Weiter berufen sie sich auf den Rechtsgrund der Bestrafung des Anstifters.[2]) Hier steht auch das Reichsgericht auf ihrer Seite.

Das Reichsgericht hat sich in einer vielfach als Beweis gegen die Strafbarkeit des Agent provocateur angeführten Entscheidung[3]) über den Grund der Bestrafung des Anstifters und des Gehilfen dahin ausgelassen: „Wenn das St.-G.-B. den Anstifter und den Gehilfen straft, so geschieht das nicht deshalb, weil dieselben Schuld oder Mitschuld daran tragen, dass ein anderer sich strafbar macht und verurteilt wird, sondern weil sie dazu mitwirken, dass eine der gemeingefährlichen Handlungen, welche als solche im Teil II des St.-G.-B. mit Strafe bedroht wird, verübt werde; ihr Wille muss also folgerichtig auf Verübung einer solchen Handlung gerichtet sein. Der blosse Wille, den erfolglosen Versuch einer solchen Handlung herbeizuführen bezw. zu unterstützen, kann unmöglich genügen; es fehlt jeder gesetzgeberische Grund, diesen Willen, der an sich nicht gemeingefährlich, ja unter Umständen Gemeingefährliches zu verhüten bestrebt ist, für strafbar zu erklären. Das Gesetz bestraft bei dem Versuche, in Ermangelung der Tat, lediglich den durch Versuchshandlungen betätigten Willen; es wäre aber prinzipios, beim Anstifter und Gehilfen auch von diesem Willen ganz abzusehen, also Strafe zu verhängen, wo beides fehlt, Tat und Wille."

Wie Heilborn hervorhebt[4]), fusst das Reichsgericht auf der subjektiven Theorie: „Hat der Täter nur einen Versuch des Mordes begangen, so wird der Anstifter wegen Mordversuchs, nicht wegen Anstiftung zu einem im Mordversuchsstadium gebliebenen Morde[5]) bestraft; wie der Täter muss jeder

---

1) Katzenstein S. 407 ff., Korn S. 28 ff.
2) Katzenstein S. 411 ff., Korn S. 17 ff.
3) E. Bd. 15 S. 315. Ihr lag allerdings, wie Heilborn S. 15/16 und S. 91 betont, kein Agent provocateurfall zugrunde, jedoch weist das R.-G. ganz offensichtlich auf den A. p. hin.
4) S. 94.
5) s. auch E. 38, S. 249.

Teilnehmer den Vorsatz haben, das betr. Verbrechen oder Vergehen zu verüben, d. h. zu vollenden. Dem ist nicht beizustimmen. Zur Strafbarkeit des Versuchs ist auf Seiten des Täters erforderlich: 1. der Vorsatz, das Verbrechen zu begehen; 2. eine Tat: der Anfang der Ausführung. Diese Tat kann der Anstifter unmöglich begehen. Er tut etwas ganz anderes; es ist deshalb nicht einzusehen, warum er das nämliche wollen müsse, wie der Täter." Diese Beweisführung Heilborns gegen die Ansicht des Reichsgerichts erscheint schlagend. Im übrigen soll auf die subjektive Theorie hier nicht eingegangen werden.

Ist es aber richtig, dass — wie das Reichsgericht ausführt — der Anstifter deshalb bestraft werde, weil er mitwirkt, dass eine gefährliche Handlung verübt werde, so ist dennoch nicht einzusehen, weshalb diese Mitwirksamkeit nicht lediglich in der Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses bestehen solle; jedenfalls folgt daraus durchaus nicht, „dass der Wille des Anstifters auf Verübung (Vollendung) der Tat gerichtet sein müsse".

Die vom Reichsgericht abgelehnte Ansicht, der Anstifter werde deshalb bestraft, weil er Mitschuld daran trage, dass ein anderer sich strafbar mache und verurteilt werde, ist in der Literatur vielfach vertreten. So von Löwenheim[1]). „Der Anstifter hat als Teilnehmer das Verbrechen mitverschuldet, er hat selbständige Teilnehmerschuld. Diese Schuld besteht darin, dass er in dem Täter den verbrecherischen Entschluss hervorgerufen hat, und sie tritt selbständig neben die Schuld des Täters, ihretwegen muss der Anstifter haften." „Korn[2]) und Singewald[3]) haben darauf hingewiesen, dass Löwenheim damit sich selbst widerspreche. Ein Verbrechen verschulden heisse den Vorsatz haben — da nur vorsätzliche Anstiftung strafbar ist —, dass der Erfolg eintritt; dies wolle aber Löwenhein gerade ablehnen. Beide glauben damit ein Argument für ihre Ansicht gefunden zu haben[4]).

Man darf sich nicht an das Wort „Mitschuld" klammern. Der Anstifter hat den anderen „bestimmt", ein Verbrechen zu begehen; auf seine Tätigkeit, die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses im anderen, ist es zurückzuführen, dass ein Verbrechen begangen wird, das ohne dieselbe überhaupt nicht oder doch so nicht begangen worden wäre. Ist

1) S. 15.
2) S. 18.
3) S. 100.
4) Auf eine Eigentümlichkeit Korns sei hier hingewiesen. Er sagt S. 18: Der Anstifter verursacht zwar nicht die Tat, wohl aber verschuldet er sie.

das nicht Schuld? Folgt aber aus dieser Schuld, dass der Anstifter die Vollendung des vom Angestifteten begangenen Verbrechens wollen müsse?

Nein! Seine Schuld ist, dass ein anderer ein Verbrechen begeht; dies muss er wollen. Seine Tätigkeit besteht darin, den entscheidenden Entschluss in dem anderen hervorzurufen: diese Tätigkeit ist gefährlich für die Rechtsordnung und deshalb wird er bestraft.

Wiederholt ist auf die gemeinsamen Seiten, die Versuch und Anstiftung zeigen, hingewiesen,[1]) meist aber in dem Sinne, dass, wie zum Versuche des Täters, so auch zur strafbaren Anstiftung die Absicht der Vollendung der Tat gehöre.[2]) Die Analogie von Versuch und Anstiftung lässt sich aber auch in unserem Sinne verwenden. Nach der herrschenden[3]) und m. E. richtigen Ansicht ist der Versuch strafbar wegen der Gefährlichkeit der Willensbetätigung. Auch die Willensbetätigung des Anstifters ist gefährlich für die Rechtsordnung. Mag er von vornherein mit der Vollendung des Verbrechens einverstanden sein oder mag er — wie der Agent provocateur — die Absicht haben, den Eintritt des Erfolges zu verhindern: immer besteht die Gefährlichkeit seines Tuns. Mindestens will ja der Agent provocateur einen strafbaren Versuch, mithin eine Tat, die wegen ihrer Gefährlichkeit bestraft wird.

Dagegen ist die Willensbetätigung dessen, dem es überhaupt nicht gelingt, in dem anderen einen verbrecherischen Entschluss hervorzurufen oder dem dies zwar gelingt, ohne dass aber der andere seinen Entschluss betätigt, nicht gefährlich für die allgemeine Rechtsordnung, erfordert daher auch keine Bestrafung. Dies steht durchaus im Einklange mit dem Gesetz.

Aus dem Grunde der Bestrafung des Anstifters lässt sich somit — das dürfte im vorhergehenden nachgewiesen sein — nicht folgern, dass der Vorsatz des Anstifters den Erfolg der Haupttat mitumfassen müsse.

Alle Gründe, die zum Beweise der herrschenden Ansicht von ihren Vertretern vorgebracht sind, zu berühren, ist unmöglich; eine Monographie über den Agent provocateur ist auch nicht der Ort dazu[4]). Welcher Art diese Gründe aber auch sein mögen, sie müssen scheitern an der akzessorischen

---

1) z. B. v. Glaser, Korn.
2) s. dagegen Heilborn S. 94.
3) Geteilt wird sie insbesondere von v. Liszt, Kohler, Finger, Merkel, Birkmeyer, Klee, Zachariae.
4) Gut widerlegt werden die Ansichten der Hauptvertreter der herrschenden Theorie bei Löwenheim S. 22—44.

Natur der Teilnahme. Wer direkt den Erfolg will, dessen Schuld kann nicht als abhängig angesehen werden von der Schuld eines anderen, nicht weiter jedenfalls, als von jedem anderen zur Vollendung der Straftat erforderlichen Umstande."[1])

Richtig kann daher nur die dritte Ansicht sein: Der Vorsatz des Anstifters geht darauf, dass der andere eine strafbare Handlung **begeht** (nicht: vollendet). Der Unterschied zwischen ihr und der herrschenden Ansicht ist klar. Erkennbar wird er vor allem bei den Delikten, bei denen sich der Erfolg deutlicher von der Willensbetätigung abhebt. Praktisch gegenstandslos wird die Unterscheidung dagegen bei den sogen. „schlichten Tätigkeitsdelikten" oder „Formaldelikten", bei denen zum Tatbestand des Delikts kein ausserhalb des menschlichen Verhaltens liegender Erfolg gehört, deren Existenz v. Liszt[2]) und Singewald[3]) zu Unrecht leugnen.[4]) Bei diesen kann notwendig der Vorsatz des Anstifters nur auf die Tätigkeit des Angestifteten gehen.

Diese dritte Ansicht ist nicht etwa neu. Schon Lucas sagt: „Der Dolus des Anstifters hat das Besondere, dass er den Dolus der Tat nur unter dem Gesichtspunkt der Herbeiführung der letzteren umfasst. D. h. der Anstifter muss zwar wollen, dass der Angestiftete die Tat mit dem erforderlichen Dolus verübe, aber er braucht diesen Dolus nicht als eigenen zu empfinden[5])". Daraus leitet er folgerichtig die Strafbarkeit des Agent provocateur ab, soweit nicht der gute Glaube an das Erlaubtsein ihrer Tätigkeit sie schütze. Aehnlich sagt Oppenhoff[6]): „Als Dolus wird nur die in § 48 angedeutete Willensrichtung vorausgesetzt; neben dieser bedarf es nicht noch auch desjenigen Dolus, welcher zum Tatbestande der Haupttat gehört." Und endlich Olshausen[7]): „Der Dolus des Anstifters besteht lediglich in dem Willen, den anderen zur Ausführung der betr. Straftat zu bestimmen"; und: „Die Möglichkeit der Anstiftung zum Versuch . . . ergibt sich daraus, dass der Anstifter nicht den Dolus des Täters zu besitzen braucht."[8]) Auch

---

1) v. Bar S. 622.
2) S. 123.
3) S. 7. Der von Singewald zur Begründung angeführte § 46 Z. 2 besagt m. E. nur: „falls" zum Verbrechen oder Vergehen ein ausserhalb des menschlichen Verhaltens liegender Erfolg gehört.
4) Richtig Finger, Frank.
5) Subjektive Verschuldung S. 103.
6) zu § 48; s. bzl. des Agent provocateur Anm. 21.
7) zu § 48 Anm. 14 und 21.
8) Es muss allerdings den Gegnern zugegeben werden, dass Olshausen diese Auffassung nicht klar durchgeführt hat (s. Anm. 14 zu § 48).

Binding[1]) verlangt nicht das Wollen des Erfolges. Frank, der diese Auffassung früher ebenfalls vertreten hat, ist in der neuesten Auflage seines Kommentars von ihr abgewichen.[2])

Logisch durchgeführt, insbesondere auch in Beziehung auf den Lockspitzel, ist diese Ansicht zuerst von Heilborn[3]) und v. Bar[4]). Sie ergibt sich als richtig aus dem Satze: Der Erfolg der Anstiftung besteht darin, dass der Täter handelt, nicht, dass er vollendet. Nur das Handeln des Täters braucht daher der Anstifter in seinen Vorsatz aufzunehmen. Gewiss muss sein Vorsatz darauf gehen, dass der Täter die Vollendung seiner Tat wolle; er selbst muss aber die Vollendung nicht wollen.

Danach hat der Agent provocateur in allen Fällen richtigen Anstiftervorsatz, mag er die Tat des Angestifteten nur bis zum strafbaren Versuch gelangen lassen oder nur die formale Vollendung eines Absichtdeliktes oder die Begehung eines generellen Gefährdungsdeliktes wollen: In allen Fällen will er, dass der Täter auf Grund der Anstiftung mit dem zur Verübung der Tat erforderlichen Dolus handele.

Eine eingehende Kritik hat diese letzte Ansicht bisher nur bei Korn gefunden. Zunächst wendet er sich im allgemeinen gegen die Strafbarkeit des Agent provocateur als Anstifters, wobei er nur den Fall ins Auge fasst, dass der Agent provocateur es nur bis zum Versuche der Tat kommen lassen will. Da bildet er den eigenartigen Schluss: Der Versuch ist strafbar wegen seiner Gefährlichkeit. Der Agent provocateur will einen Versuch der Haupttat; folglich ist der Agent provocateur straffrei! Denn, erklärt Korn, dem Agent provocateur fehlt die subjektive Gefährlichkeit; er will also nur einen „harmlosen" Versuch.[5])

Beachtenswerter sind seine Ausführungen gegen das von Heilborn S. 97 als letzten Beweis für seine Auffassung gebrachte Beispiel, denen sich Singewald mit den pathetischen Worten angeschlossen hat: „Ein deus ex machina kommt uns Korn zu Hilfe: er hat Heilborns Deduktionen glänzend ad absurdum geführt, hat soviel für uns getan, dass uns zu tun kaum noch was übrigbleibt."[6]) Sollte Singewald mit dieser Verherrlichung Korns als „deus" nicht ein wenig — „Abgötterei" getrieben haben?

---

1) Grundriss S. 171.
2) § 48 III.
3) S. 85 ff., vor allem S. 87/88.
4) S. 621 ff. und S. 644.
5) S. 25 ff.
6) S. 102.

Heilborn hat folgenden Fall zur Erörterung gestellt: „Der Agent provocateur A — kein Polizeiagent — stiftet den B zu einem Verbrechen an in der Absicht, die Vollendung der Tat zu hindern; später, d. h. nach der Anstiftung, ändert er seinen Entschluss; er hindert den Eintritt des Erfolges nicht; die Tat wird von B vollbracht." Dass A bestraft werden müsse, wird von Korn und Singewald zugegeben; ebenso, dass eine Bestrafung wegen Beihilfe ausgeschlossen ist. In Frage kommt die Bestrafung des A als Täters. Heilborn lehnt sie ab: „Dann müsste jeder Anstifter als Urheber eines unechten Unterlassungsdeliktes, folglich nie als Anstifter bestraft werden. Der ursprüngliche Vorsatz, die Vollendung des Verbrechens zu hindern, kann dem Agent provocateur nicht grössere Pflichten auferlegen, als demjenigen Anstifter, welcher diesen löblichen Vorsatz nie hatte."

Nun versucht Korn, Heilborn mit seinen eigenen Waffen zu schlagen[1]): „Heilborn spricht auf S. 102 von einem Polizeibeamten, der, um einem Einbrecher aufzulauern, den Wachhund in einem Hofe entfernt und sich selbst an dessen Stelle gelegt hat. Diesem Polizeibeamten imputiert nun Heilborn auf einmal die Pflicht, den Diebstahl zu verhindern, und warum? „Durch eigenmächtige Entfernung des Hundes hatte er die Pflicht zur Hinderung des Diebstahls übernommen, eben weil jene Handlung auf seiner Seite noch kein Akt der Beihilfe war." Und warum kein Akt der Beihilfe? Weil es nur **scheinbar** ein solcher war. Ja, ist denn die Anstiftung auf Seiten des Agent provocateur nicht auch nur eine **scheinbare?** Der Agent provocateur in dem Heilbornschen Beispiele ist also als Täter zu bestrafen."

In der Tat: Man möchte stutzig werden bei dieser Beweisführung! Hat Heilborn Recht oder Korn? Bei näherer Prüfung zeigt sich, dass Korn im Irrtum ist.

Wenn jemand „scheinbar" Beihilfe leistet, so erweckt er in dem Täter den Glauben, dass er ihm zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe leiste, während er in Wirklichkeit diese Hilfe nicht leistet. Unzweifelhaft leistet daher der Polizeibeamte in Heilborns Beispiel, der den Wachhund entfernt, nur scheinbar Beihilfe; und Heilborns Behauptung, dass er durch eigenmächtige Entfernung des Hundes die Pflicht zur Hinderung des Diebstahls übernommen habe, ist berechtigt. Denn, wie allgemein anerkannt, wird schuldfreies Handeln Quelle der Rechtspflicht zu weiterem Handeln, wenn sich aus dem Handeln die Verletzung eines Rechtsgutes zu entwickeln droht.

---

1) S. 9.

Was heisst nun aber „scheinbar" anstiften? Nach dem Wortlaut des § 48 ist nur die eine Antwort möglich: In dem anderen den Glauben erwecken, dass man ihn zur Begehung eines Verbechens bestimmen wolle, während man ihn in Wirklichkeit nicht dazu bestimmen will. Dieser Fall wird äusserst selten sein, aber er ist doch denkbar:

A erzählt seinem Nachbar B, dass dessen Sohn ihm am Abend zuvor seine schönsten Pflaumen gestohlen habe. Um die Wahrheit zu erfahren, stiftet B seinen Sohn „scheinbar" an, ihm einige Pflaumen aus des Nachbars Garten zu stehlen; als er aber sieht, dass sein Sohn bereitwillig darauf eingeht, gibt er ihm die verdienten Prügel.

Hier tut B, als wolle er seinen Sohn zur Begehung des Diebstahls bestimmen, während er es in Wirklichkeit nicht will; hier liegt also scheinbare Anstiftung vor. Niemals kann dagegen von scheinbarer Anstiftung dann die Rede sein, wenn der Versucher will, dass der andere wirklich die Tat begehe, wie es der Agent provocateur will.

Nach Korns Auffassung müsste „scheinbar anstiften" soviel heissen wie: in dem anderen den Glauben erwecken, dass man einen Erfolg durch die Tätigkeit des anderen wolle, während man in Wirklichkeit ihn nicht will. Damit aber — und das kann nicht bestritten werden — wäre der Gedanke der akzessorischen Natur der Anstiftung preisgegeben; dann müsste der Anstifter intellektueller Urheber sein. Dass er dies nach dem Gesetz nicht ist, wird von Korn, wiewohl mit lebhaftem Bedauern, selbst zugegeben.[1])

Der Agent provocateur in Heilborns Beispiel ist also nicht als Täter, sondern als Anstifter zu bestrafen; und wir haben damit einen Beweis mehr für die Richtigkeit der im Text vertretenen Ansicht, dass der Vorsatz des Anstifters nur auf Begehung der Tat gerichtet sein müsse, mithin der Agent provocateur wirklichen Anstiftervorsatz habe.

Nur eines sei noch dafür angeführt, nämlich ein Vergleich des Agent provocateur mit einem Manne, den vom Agent provocateur nur der Zweck des Handelns unterscheidet:

A, Angestellter in einem Warenhaus, Abteilung für echte Spitzen, liebt die B, fürchtet jedoch, mit seinen Bewerbungen zurückgewiesen zu werden. Er weiss, dass die B eine Leidenschaft für echte Spitzen hat. Er macht ihr klar, wie sie ohne Gefahr durch einen Diebstahl in dem Warenhause ihre Leidenschaft befriedigen könne und stiftet sie zum Diebstahl an in der Absicht, sie beim Versuche zu ertappen. Sein Plan

1) S. 32.

gelingt. In der steten Furcht, von ihm angezeigt zu werden, zeigt sich die B seinen Wünschen geneigt.

Wollte wirklich jemand den A für straflos erklären? Und doch unterscheidet ihn vom Agent provocateur nur das eine, dass dieser tätig wird, damit der Verbrecher der Strafe überliefert wird, während A das Mädchen nur in die Hand bekommen will, um seine Begierden zu befriedigen. Welchen Zweck aber der Anstifter verfolgt, ist für die strafrechtliche Beurteilung seines Tuns unerheblich. Bestraft man den A als Anstifter, so muss man auch den Agent provocateur als Anstifter bestrafen.

Damit dürfte hinlänglich nachgewiesen sein: Der Vorsatz des Anstifters muss auf die Begehung der Tat durch den Angestifteten gerichtet sein. Mithin hat der Agent provocateur wirklichen Anstiftervorsatz, wenn er will, dass der Provozierte zur Begehung der Tat schreite.[1])

1) also in den oben S. 3—4 genannten Fällen.

2. Das Provozieren als delictum sui generis.

Einer besonderen Erörterung bedürfen die Fälle, in denen sich das Provozieren als ein delictum sui generis darstellt. Während im allgemeinen der Gesetzgeber ein strafrechtliches Einschreiten erst dann für geboten ansieht, wenn der Täter mindestens bis zum „Anfang der Ausführung", d. h. zum Versuch der beabsichtigten strafbaren Handlung gelangt ist, hat er einige Vorbereitungshandlungen wegen der Gefahr, die sie regelmässig oder doch oft für die Rechtswelt bedeuten, als delicta sui generis unter Strafe gestellt. Z. T. handelt es sich dabei um die Begehung eines bestimmten Verbrechens, so in § 85[1]), z. T. sind es strafbare Aufforderungen, deren begriffliche Eigentümlichkeit nach v. Liszt[2]) im Gegensatz zur Anstiftung in der mangelnden Bestimmtheit derjenigen Handlung liegt, zu der aufgefordert wird.

Regelmässig müssen die Aufforderung öffentlich oder durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen geschehen[3]). Dann bilden sie kein geeignetes Feld für die Tätigkeit des Agent provocateur. "Darin liegt eben das Gemeingefährliche dieser Vergehen, dass die Wirkung der Handlung nicht übersehen und beherrscht, dass in keiner Weise berechnet werden kann, ob und wie der in die Menge geschleuderte Funke zünden, ob er einen verheerenden Brand entfachen oder aber spurlos und unschädlich verglimmen wird."[4]) Von diesen kann daher hier abgesehen werden.

Anders da, wo es sich um nicht öffentliche Aufforderungen handelt! Hier wird der Agent provocateur häufig sein gefährliches Spiel treiben. Von diesen Fällen nehmen die des § 49 a, des sogen. Duchesneparagraphen, das grösste Interesse in Anspruch.

§ 49a umfasst 4 Gruppen von Tatbeständen; er verbietet unter den Voraussetzungen des Absatz 3:

a) die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens (im Sinne des § 1 Abs. 1) oder zur Teilnahme daran;
b) die Annahme einer solchen Aufforderung;
c) das Sicherbieten zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme daran;
d) die Annahme eines solchen Sicherbietens.

---

1) E. 5, 215.
2) S. 542 .Das Gesetz spricht freilich auch in § 85 von „Aufforderung".
3) vgl. §§ 85, 111, 110, St.-G.-B., § 10 des Sprengstoffgesetzes vom 9. Juni 1884.
4) v. Liszt S. 569.

Für den Agent provocateur kommen nur die Fälle zu a und c in Betracht.

Zweifellos bestehen, trotzdem die Handlungen des § 49 a als selbständige Delikte unter Strafe gestellt sind, enge Beziehungen zwischen ihnen und den Teilnahmedelikten. Dies ergibt sich einerseits aus der Stellung unter der Rubrik „Teilnahme“[1]), sodann insbesondere daraus, dass, wenn das beabsichtigte Verbrechen wirklich begangen oder wenigstens versucht wird, Bestrafung wegen Teilnahme (bezw. Täterschaft) eintritt. Dennoch erscheint die Auffassung, dass unter den Aufforderungen lediglich versuchte Anstiftung zu verstehen[2]) und mit „Bestimmen“ nur die erfolgreiche, mit „Auffordern“ dagegen auch die erfolglose Einwirkung auf den Willen des anderen bezeichnet sei[3]), als unrichtig. Zutreffend sagt Hälschner[4]): „Da das Gesetz eine Aufforderung verlangt und sich nicht damit begnügte, der Fassung des § 48 entsprechend den für strafbar zu erklären, der zur Verübung der betr. Verbrechen zu bestimmen sucht, so wird das Auffordern doch in einem engern Sinne genommen werden müssen.“

Auffordern ist nicht wie Bestimmen Einwirkung auf den anderen durch Setzen von Motiven zum Handeln, durch Erregung von Leidenschaft. So liegt, wie v. Bar[5]) richtig hervorhebt, im Befehl eine Aufforderung, andererseits im scheinbaren Abraten keine Aufforderung. Frank[6]) weist auch darauf hin, dass es eine strafbare Aufforderung an einem omni modo facturus gebe. Fraglich kann es daher erscheinen, ob für den Vorsatz des Auffordernden dasselbe gelten müsse, wie für den Vorsatz des Anstifters. Das richtige Prinzip wird sich aus der Würdigung des Grundes der Bestrafung der in § 49 a bezeichneten Handlungen ergeben.

Mit Strafe sind diese Handlungen bedroht, weil sie der Rechtswelt in der Regel oder doch oft Gefahr bringen. Daraus folgt: Im konkreten Falle braucht eine Gefahr nicht vorzuliegen, wohl aber muss die Möglichkeit einer Gefahr gegeben sein.

Leicht zu erledigen sind danach die Fälle des Sicherbietens zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme daran seitens des Agent provocateur. Ein solches Sicherbieten kann nur dann gefährlich sein, wenn es ernstlich gemeint ist; darüber herrscht Einstimmigkeit. Ernstlich gemeint ist es aber seitens des Agent provocateur nicht, folglich ist er in diesem

1) Frank § 49 a II.
2) so Katzenstein S. 434.
3) v. Liszt S. 226.
4) II 752.
5) S. 844.
6) zu § 49 a II 2 c.

Falle straffrei. Aber auch die ernstliche Annahme eines nicht ernstlich gemeinten Anerbietens ist, wie das Reichsgericht[1]) ausführt, wenn auch moralisch verwerflich, so doch nicht gefährlich, mithin nicht strafbar; der Agent provocateur kann also auch nicht etwa als Anstifter zur Annahme seines Erbietens bestraft werden[2]).

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, ob die vom Agent provocateur ausgehende Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme daran strafbar ist.

Die herrschende Meinung verneint dies. Sie verlangt Ernstlichkeit der Aufforderung. So heisst es in einer Entscheidung des Reichsgerichts[3]): „Der Tatbestand des § 49 a wird nicht erfüllt, wenn der Auffordernde die Aufforderung nicht ernstlich gemeint hat, selbst wenn der Aufgeforderte sie für ernstlich hielt". Ebenso sagt Hälschner[4]): „In allen von § 49 a mit Strafe bedrohten Fällen ist es wesentliche Voraussetzung, dass die Willenserklärung ernstlich gemeint sei: „und endlich v. Bar[5]): „Ernstlichkeit muss vorhanden sein auf Seiten desjenigen, von dem die Initiative ausgeht". Ernstlich ist aber nach der herrschenden Meinung die Aufforderung nur dann, wenn der Auffordernde den Entschluss zur Begehung des Verbrechens hervorrufen will. Dies will der Agent provocateur nicht.

Heilborn kommt durch andere Erwägungen zu demselben Ergebnisse: „Wir glauben, das Gesetz wollte die erfolglose Anstiftung zu Verbrechen unter Strafe stellen. Der Anstifter aber muss wollen, dass der Angestiftete zur Handlung schreite: der Agent provocateur will es in diesem Falle nicht; folglich gebricht es ihm an dem Anstiftervorsatz. Abzusehen ist natürlich davon, dass der Agent provocateur mitunter auch die Begehung des Verbrechens selbst in seinen Vorsatz aufnehmen, d. h. mit Bewusstsein auf die Gefahr hin handeln wird, dass es zu demselben kommen könne. Dann will er die Begehung des Verbrechens eventuell. Das genügt zur Bestrafung . . . ."

Freilich kommt Heilborn dann doch auf einem Umwege zur Bestrafung[6]) des Agent provocateur, der einen anderen zur Begehung eines Verbrechens auffordert: er ist nach Heilborn der Anstiftung zu dem selbständigen Verbrechen der An-

---

1) E. 1, 338; so auch die gem. Meinung, v. Liszt S. 572, Heilborn S. 110. Ortloff S. 234; a. M. nur Reiffel S. 177.
2) Dass die Teilnahme an dem selbständigen Delikt der Annahme an sich möglich ist, wird allgemein zugegeben.
3) R 9, 743.
4) I 411.
5) S. 845.
6) S. 108/9.

nahme einer Aufforderung schuldig. „Dabei ist allerdings vorausgesetzt, dass derjenige sich strafbar macht, welcher eine solche Aufforderung annimmt. Die Erklärung des Willens, das angesonnene Verbrechen zu begehen, ist dann nach § 49a eine strafbare Handlung. Der Agent provocateur hat diesen Willensentschluss und dessen Erklärung hervorrufen wollen, also den anderen zur Begehung dieser strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt; die Anstiftung war von Erfolg, d. h. das Vergehen ist begangen“[1]).

Soweit sie den Vordersatz für richtig ansehen, d. h. denjenigen, der die Aufforderung des Agent provocateur annimmt, für strafbar halten, werden die Vertreter der herrschenden Ansicht auf diesem Umwege ebenfalls zur Bestrafung des Agent provocateur kommen müssen.

U. E. ist aber dieser Umweg nicht nötig. Das Gesetz bestraft die Aufforderung wegen ihrer Gefährlichkeit. Ist aber die Aufforderung des Agent provocateur etwa darum nicht gefährlich, weil er sich sagt: Ich will zwar, dass der andere die Aufforderung annimmt, will aber nicht, dass er die Tat wirklich begehe? Wollte man dies behaupten, so würde man in Wahrheit einer reservatio mentalis Wirksamkeit beilegen. Die Gefährlichkeit der Aufforderung hängt aber nicht davon ab, „was der Agent provocateur in seiner Brust verschliesst“, sondern davon, was er offenkundig und ernsthaft will. Daran, dass er ernsthaft die Annahme der Aufforderung will, kann nicht gezweifelt werden. Mehr braucht er aber nach dem Gesetz nicht zu wollen. Seine Aufforderung ist gefährlich für die Rechtsordnung und darum ist er auch in diesen Fällen zu bestrafen.

---

[1]) S. 109.

3. Gründe, welche die Strafbarkeit des Agent provocateur auszuschliessen geeignet sein könnten.

a) Die Beamteneigenschaft des Agent provocateur.

Die Beamteneigenschaft des Lockspitzels kann in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung sein. So kann er sich durch seine provocatorische Tätigkeit eines Amtsverbrechens im Sinne der §§ 340, 341 St.-G.-B. schuldig machen, soweit man unter „begehen lassen" mit der herrschenden Meinung irgend eine Mitwirkung des Beamten versteht (vergl. E 5, 332, Olshausen, zu § 340 N. 3, Hälschner II 1048). Dies ist hier nicht weiter zu erörtern. Für uns kommt es darauf an, ob der Umstand, dass der Lockspitzel Beamter ist, seinem Tun den Charakter der Rechtswidrigkeit zu nehmen geeignet ist.

1. Er ist auf Befehl seiner vorgesetzten Behörde zum Gehorsam verpflichtet; die vorgesetzte Behörde befiehlt ihm, als Agent provocateur tätig zu werden. Eine blinde Gehorsamspflicht nimmt Dopffel[1]) nach Art. 53 der Württemberg. Verfassungsurkunde an, der den Beamten nur ein Recht gibt, Vorstellungen zu machen, ihn aber, falls die vorgesetzte Behörde dennoch bei dem Auftrag beharrt, verpflichtet, ihn auszuführen. Zweifellos liegt dann für den Beamten ein gesetzlicher Schuldausschliessungsgrund vor, er ist also nicht zu bestrafen. In Wirklichkeit ist aber in diesem Falle auch nicht er, sondern die vorgesetzte Behörde, die sich des zum blinden Gehorsam verpflichteten Beamten als Werkzeug bedient, Agent provocateur. Im allgemeinen liegt dagegen in der Ausführung eines Befehls kein Schuldausschliessungsgrund, wie etwa im Sinne des § 52 St.-G.-B.[2]). Hat der Beamte die Ungesetzlichkeit des erhaltenen Befehles erkannt, so kann ihn dieser nicht decken.[3])

Es fragt sich nun, ob die Behörden und Beamten an sich berechtigt sind, zu strafbaren Handlungen anzustiften oder die Anstiftung zu befehlen. Die Oesterreichische Strafprozessordnung § 25 verbietet dies ausdrücklich. „Es ist den Sicherheitsorganen, sowie allen öffentlichen Beamten und Dienern bei strengster Ahndung untersagt, auf die Gewinnung von Verdachtsgründen oder auf die Ueberführung eines Verdächtigen dadurch hinzuwirken, dass derselbe zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer strafbaren Handlung . . . . verleitet wird." Für Preussen leitet Katzenstein[4]) ein Recht der

1) S. 73.
2) s. E. 6, 440; 16, 433.
3) vergl. auch M.-St.-G.-B. § 47.
4) S. 429.

Polizei, den Agent provocateur zu spielen, bezw. durch Beamte spielen zu lassen, aus A. L. R. II 17 § 10 her:

„Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizei."

Dem muss jedoch entschieden widersprochen werden. Der Agent provocateur ist kein Spion, der lediglich gefährliche, verbrecherische Pläne auszuforschen hat. Er will ja gerade erst verbrecherische Pläne hervorrufen. Wie oft wird es ihm dabei nicht gelingen, die materielle Verletzung des angegriffenen oder gefährdeten Rechtsgutes zu hindern! Aber selbst wenn es ihm gelingt — hat er dann eine der Rechtswelt bevorstehende Gefahr abgewendet? Ja, allerdings: eine von ihm selbst heraufbeschworene! Gefahren heraufzubeschwören, um sie dann abzuwenden, ist aber nicht das Amt der Polizei.

Katzenstein steht denn auch wohl allein mit seiner Ansicht. Bemerkenswert ist, dass er zwar den beamteten Lockspitzel, der im Auftrag der Polizei tätig wird, für straflos hält, nicht jedoch den nicht beamteten: „Wenn wirklich das Unrecht — um mit Kohler I 122 zu sprechen — so „fein" und „durchdacht" ist, dass die Polizei ohne Zuhilfenahme des Agent provocateurs nicht in allen Fällen beikommen kann, wenn also die Polizei zur Erfüllung der ihr vom Gesetz vorgeschriebenen Aufgabe der Agents provocateurs bedarf und sie nur zu diesem Zweck verwendet, so kann eben der die Provocation veranlassende Polizeibeamte, da er sich nur innerhalb der Grenzen seiner ihm vom Staat zugewiesenen Befugnissphäre bewegt, wegen mangelnder Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise nicht als Anstifter zur Anstiftung oder unter irgend einem andern Gesichtspunkt zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden; aber diese Schuld- und Straflosigkeit des Polizeibeamten, welcher den Lockspitzel beauftragt hat, kommt dem letzteren, dem keine derartige Befugnis zur Seite steht, nimmermehr zu statten"[1]). Diese Inkonsequenz wird jedoch durch nichts erklärt. Zweifellos müsste, wäre der Vordersatz richtig, die Befugnis der Polizei zur Provocation auch dem im Dienste der Polizei tätig werdenden, nicht beamteten Lockspitzel zu gute kommen. Der Vordersatz ist aber unrichtig; die Polizei ist weder berechtigt, zu strafbaren Handlungen anzustiften, noch die Anstiftung zu befehlen. Tut sie dies letztere, so liegt Anstiftung zur Anstiftung vor[2]).

---

1) S. 429/30; s. auch Note 53.
2) vergl. auch § 357 St.-G.-B.

Eine andere Frage ist, ob der beamtete oder der im Dienste der Polizei tätig werdende, nicht beamtete Lockspitzel nicht dadurch geschützt ist, dass er eine Berechtigung der Polizei zur Erteilung des Befehls irrtümlich für vorliegend erachtet. Dies führt uns zu den Betrachtungen über die Bedeutung des Irrtums für den Agent provocateur.

b) Irrtum des Agent provocateur.

Der hier in Betracht kommende § 59 Abs. 1 St.-G.-B. lautet: Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen. Der Abs. 2 § 59 hat hier keine Bedeutung, da nur vorsätzliche Anstiftung strafbar ist.

Das Gesetz spricht von dem, der die Handlung begeht, also von dem Täter. Es erhebt sich die Frage: Kann auch der Anstifter — also auch der Lockspitzel, denn wir haben gesehen, dass er Anstifter ist — den Schutz des § 59 für sich in Anspruch nehmen?

Diese Frage ist unbedenklich zu bejahen. Allerdings hat der Gesetzgeber in § 48 denjenigen, der die strafbare Handlung begeht, also den Täter, scharf dem Anstifter gegenübergestellt und versteht dort unter dem Täter nur den im technischen Sinne, der die Tat zur äusseren Erscheinung bringt. Dagegen heisst ihm an anderer Stelle des St.-G.-B., wo es sich um die Hervorhebung des Verhältnisses der einzelnen Teilnehmer untereinander und gegenüber dem Strafgesetz handelt, im allgemeinen derjenige „Täter", der sich durch seine Handlungsweise — gleichviel von welcher sonstigen Beschaffenheit sie sein und ob sie sich als eigentliche Täterschaft, Anstiftung oder Beihilfe darstellen möge — mit einem Hauptstrafgesetze in Kollision bringt"[1]).

So ist es auch im § 59. Hier wäre eine Gegenüberstellung vom Täter und Teilnehmer ganz zwecklos; unter dem, „der die strafbare Handlung begangen hat, kann daher nicht der Täter in engerem, technischem Sinne gemeint sein, sondern allgemein derjenige, der durch seine Handlungsweise mit einem Hauptstrafgesetze kollidiert hat."

Es ist eine der umstrittensten Fragen des Strafrechts, welcher Irrtum gemäss § 59 Straflosigkeit begründe: ob nur der **error facti** oder auch der **error iuris** und wieweit wieder der letztere. Diese Frage hier zu entscheiden, hiesse über den Rahmen der Aufgabe hinausgehen. Zumal jene auch die Be-

1) Herzog, über Strafbarkeit und Straflosigkeit. S. 440.

antwortung der nicht minder bestrittenen Frage in sich schliessen muss, ob zum Vorsatz nicht auch das Bewusstsein der Normwidrigkeit oder der Rechtswidrigkeit oder der Pflichtwidrigkeit gehöre.

Die in Theorie und Praxis[1]) überwiegende Meinung erfordert zum Vorsatz nicht das Bewusstsein der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit; vom Irrtum lässt sie den Tatirrtum den Dolus ausschliessen, stellt jedoch den ausserstrafrechtlichen Rechtsirrtum dem Tatirrtum gleich. Frank schränkt dies dahin ein, dass der ausserstrafrechtliche Rechtsirrtum den Dolus nur insofern ausschliesse, als er zur Nichtkenntnis eines Tatumstandes führt[2]) und begründet die besondere Behandlung des ausserstrafrechtlichen Rechtsirrtums folgendermassen: „Als Tatumstände sind nicht nur Tatsachen, sondern namentlich auch alle Rechte, Rechtsverhältnisse und sonstige rechtliche Beziehungen anzusehen, die durch das ausserhalb des Strafrechts liegende Recht begründet werden. Dies rechtfertigt sich durch die Erwägung, dass das Strafrecht derartige Gebilde genau ebenso vorfindet und unter seinen Schutz nimmt, wie rein tatsächliche Erscheinungen".[3])

Wir knüpfen an das gegen Ende des vorhergehenden Abschnittes Gesagte an: Der Lockspitzel glaubt irrtümlich, die Polizei sei zur Erteilung eines Provocationsauftrages berechtigt, hält sich also selbst zu seinem Handeln für befugt. Lucas, der diesen Fall zuerst in Erwägung gezogen hat, hält den Agent provocateur für straflos[4]), muss also, wie Borchert[5]) zutreffend bemerkt, den Irrtum für einen faktischen halten, da er zum Vorsatz nicht das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit verlangt. Dopffel[6]) hat sich ihm angeschlossen.

Die entgegengesetzte Auffassung vertritt Borchert.[7]) Nach ihm nimmt der Agent provocateur in diesem Falle irrtümlich einen Schuldausschliessungsgrund an, indem er einen Strafrechtssatz für bestehend hält, der in Wirklichkeit nicht besteht; er glaubt also an eine nicht vorhandene Ausnahme vom Strafgesetz. Demgemäss ist sein Irrtum ein strafrechtlicher und nicht zu beachten.[8]) Dies erscheint richtig. Dasselbe muss gelten, wenn der Lockspitzel überhaupt das Provozieren von strafbaren Handlungen für erlaubt hält. Dann erblickt er im

---

1) so insbesondere das Reichsgericht, s. E. 19, 253, 32, 414; 34, 228; 20, 198; R 9, 294.
2) zu § 59 V 1.
3) zu § 59 II 1.
4) S. 103 Anm. 3.
5) S. 59 Anm. 9.
6) S. 72.
7) S. 58
8) ebenso Heilborn S. 164.

Zweck der Provokation, — dass der Täter in Strafe gebracht werden soll —, irrtümlich ein Schuldausschliessungsgrund, nimmt also auch hier fälschlich eine Ausnahme vom Strafgesetz an.[1])

Der beamtete Agent provocateur kann sich auch nicht auf einen Befehl einer vorgesetzten Behörde berufen, selbst wenn er dessen Rechtswidrigkeit nicht erkannt hat. Auch hier würde irrtümliche Annahme eines Schuldausschliessungsgrundes, ein Irrtum über die strafrechtliche Beurteilung, also über das Strafgesetz selbst vorliegen.

Es ist schliesslich noch auf einen in der Literatur bisher nicht erörterten Fall hinzuweisen[2]): Der Lockspitzel mag häufig, wenn es sich um die Entlarvung von Gewohnheitsverbrechern handelt, annehmen, sein Ton sei um deswillen keine Anstiftung, weil der andere ein omni modo facturus sei, den er allerdings provoziert, jedoch nicht zur Begehung der Tat „bestimmt" habe. Hat er in Wirklichkeit dennoch den anderen bestimmt, so befand er sich in der irrigen Annahme eines Tatumstandes, dessen tatsächliches Vorliegen die Rechtswidrigkeit beseitigen würde; diese schliesst den Vorsatz aus.[3]) Denn die Provokation eines **omni modo facturus** ist nicht strafbar, ist keine Anstiftung. Provoziert daher der Agent provocateur jemanden zu einer Tat, den er für einen **omni modo facturus** hält, so nimmt er weder irrtümlich eine nicht vorhandene Ausnahme vom Strafgesetze an, noch legt er das Strafgesetz selbst falsch aus"[4]), sondern er irrt über einen negativen Tatumstand.[5]) In diesem Falle ist er daher straflos.

Mit dieser Entscheidung wird sogleich dem Rechtsgefühl derer Genüge geschehen, die das Erlaubtsein „ausserordentlicher Mittel für die dringende Gefahr"[6]) fordern, die meinen, „dass in einigen Fällen die Polizei des Agent provocateur nicht entbehren kann, so, wenn eine Falschmünzerbande oder eine Bande von Mordgesellen ihr Wesen treibt[7])". Ebenso erfordert andererseits das Gerechtigkeitsgefühl, dass der Agent

---

1) so auch v. Bar S. 644.
2) Der von Heilborn S. 146 und 163 hervorgehobene Fall, der Agent provocateur halte (mit der herrschenden Ansicht) seine Tätigkeit nicht für Anstiftung, hat wohl nur eine theoretische Bedeutung. Auch hier würde strafrechtlicher Irrtum vorliegen.
3) Frank zu § 59 II 2.
4) Lucas S. 86.
5) Nach v. Bar S. 398 schliesst der Irrtum über die Existenz oder Nichtexistenz eines konkreten Rechtes die Strafbarkeit aus; auch nach ihm muss daher der Agent provocateur in diesem Falle straflos sein.
6) Dopffel S. 99.
7) Kohler, Studien S. 122.

provocateur, der einen harmlosen Menschen zum Verbrechen provoziert —, vielleicht jemanden, der nie an die Begehung einer unrechten Handlung gedacht hat und der doch den Einflüsterungen des Lockspitzels erliegt — bestraft werde. Und so erscheint die vorgetragene Auffassung gesund und befriedigend.

c) Rücktritt vom Versuche und tätige Reue.

Das Reichsstrafgesetzbuch hat sich, anders wie einige frühere Landesstrafgesetzbücher[1]), auf eine Entscheidung der Frage, ob der Rücktritt vom Versuche und die tätige Reue des Anstifters oder des Angestifteten von Einfluss auf die Strafbarkeit des Anstifters sei, nicht eingelassen. Die Beantwortung der Frage liegt der Wissenschaft ob.

Auch für den Lockspitzel ist sie von praktischer Bedeutung: „Man kann den Agent provocateur nicht anders behandeln, wie den gewöhnlichen Anstifter, d. h. wie denjeigen, welcher anfänglich die Vollendung des Verbrechens wollte, den Erfolg dann aber doch abgewendet hat. Geht letzterer straflos aus, so ist der Agent provocateur gewiss nicht strafbar: er hat das nämliche getan, aber weniger gewollt!“[2])

Wie steht es nun zunächst, wenn der Anstifter eigenmächtig den Erfolg abwendet, d. h. im Sinne des § 46 tätig wird: Wird er dadurch straffrei?

Unbedenklich bejaht dies Glaser: „Wenn jemand zu der Zeit, wo er einen andern anstiftet, wirklich den vollen **dolus** in sich trägt, nachher aber, von Reue ergriffen, den vom Angestifteten bereits gesetzten Versuch mit Erfolg aufhielt, so ist nie gezweifelt worden, dass die Grundsätze, nach welchen der freiwillige Rücktritt den Versuch straflos macht, auch auf den Anstifter Anwendung finden.“ Daraus zieht er dann hinsichtlich des Agent provocateur den folgerichtigen Schluss: „Wie sollte nun derjenige gestraft werden können, der den **dolus** gar

---

1) So das württemb. St.-G.-B. von 1839 in Art. 77: „Der Anstifter bleibt mit Strafe verschont, wenn er die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens verhindert oder wenigstens der Obrigkeit so zeitig die Anzeige von der Verabredung gemacht hat, dass sie die Ausführung verhindern konnte. Hat der Anstifter nun die Aeusserung, wodurch er den andern zu dem verbrecherischen Einfluss bestimmt hatte, wieder zurückgenommen oder denselben sonst, soviel an ihm lag, von der Ausführung abzuhalten versucht, so trifft ihn, wenn das Verbrechen dennoch ausgeführt wurde, die Strafe des nicht beendeten Versuchs.“ Aehnlich das Bad. St.-G.-B. von 1845 (§ 117) und das Hess. St.-G.-B. von 1841 (Art. 72) s. näher bei Dopffel, S. 61 ff., Heilborn, S. 129 ff.

2) Heilborn, S 122, ebenso Katzenstein, S. 407.

nicht erst aufzugeben braucht, weil er sich von Anfang an das vorgesetzt hat, wozu sich der andere erst nachträglich entschliesst!"

Seit der Zeit, wo Glaser dies schrieb, hat sich, wie Korn S. 28 meint, „nur" das eine geändert, dass inzwischen an der Anwendbarkeit der Sätze über den freiwilligen Rücktritt vom Versuche auf den Anstifter bezweifelt worden ist. Gewiss! Aber wenn diese Zweifel berechtigt sind — und dass sie es sind, wird sich im folgenden zeigen — so ist über Glasers Nutzanwendung für den Agent provocateur der Stab gebrochen. Das Gesetz spricht, wie im § 59 so auch im § 46 vom „Täter": „Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter . . . ". Zu untersuchen ist daher, ob hier das Wort Täter im engeren, technischen Sinne oder im allgemeinen Sinne für den, der sich mit einem Hauptstrafgesetze in Kollision bringt, angewendet ist.

Bei § 59 konnten wir das letztere unbedenklich annehmen. Dort kam eine Gegenüberstellung vom Täter und Teilnehmer überhaupt nicht in Betracht; es wäre rein willkürlich, wollte man dem Teilnehmer, der über einen Tatumstand irrt, den Schutz des § 59 versagen, während man ihn dem technischen Täter zubilligt.

Anders beim § 46! Hier ergibt sich von selbst ein Gegensatz zwischen Täter und Teilnehmer. Versuch ist nach § 43 der Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, betätigt durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten[2]); ihn kann zweifellos nur der technische Täter begehen, nicht der Teilnehmer. Es muss wieder darauf hingewiesen werden, dass das Gesetz den Anstifter nicht als mittelbaren Täter, sondern als unselbständigen Teilnehmer an der Tat des andern auffasst. Von dem Anstifter — und somit auch dem Lockspitzel — kann man nicht sprechen als von dem, der den Versuch der (Haupt-) Tat begangen hat, er kann daher auch unmöglich als Täter im Sinne des § 46 aufgefasst werden. Hieraus ergibt sich: Der Anstifter kann niemals seine Straffreiheit daraus herleiten, dass er die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder zu einer Zeit die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Ver-

---

1) Zur Lehre vom Vorsatz des Anstifters, S. 123 der gesammelten kleinen Schriften.

2) Auf eine Definition des Versuches kann es hier nicht ankommen.

gehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat.

Dies Ergebnis ist freilich vielfach bestritten und zwar mit den verschiedensten Gründen.

Dass der von Frank[1]) angeführte Grund, „dass das Gesetz den Ausdruck Täter keineswegs immer im technischen Sinne gebraucht" — so richtig dieser Satz an sich ist — hier nicht durchgreift, geht aus dem oben gesagten hervor. Frank beruft sich aber weiter auf einen „unabweisbaren Analogieschluss"[2])[3]), der schon von Geyer[4]) gefordert worden ist: Man werde, wenn der Anstifter selbst bewirkt habe, dass es beim Versuch geblieben sei, indem er die Vollendung in irgendeiner Weise verhindert, sein Verhalten in Folge einer „unabweisbaren Analogie" in eine Parallele bringen müssen mit dem Rücktritt vor der Vollendung. Wenn man auch nicht mit Meves S. 403 sagen kann, „dass im Strafrecht die Analogie kaum als zulässiger Rechtsbehelf wird gelten können", so wird man doch den von Heilborn S. 139 gegen die Zulässigkeit eines Analogieschlusses im vorliegenden Falle geltend gemachten Bedenken ihre Berechtigung nicht versagen können.

Heilborn weist darauf hin, dass, wer einen Analogieschluss zu Hilfe nimmt, behauptet, dass eine Lücke im Gesetz vorhanden sei, deren Ausfüllung der Analogieschluss dienen soll. Der Beweis hierfür wird aber schwer sein. Denn bei Abfassung des R.-St.-G.-B. lagen mannigfache Beispiele von gesetzgeberischer Behandlung dieser Frage seitens der Einzelsaaten vor. Gerade daraus, dass das R.-St.-G.-B. trotzdem die Stellung des Anstifters zu § 46 in keiner Weise erwähnt, sondern nur beim Täter den Rücktritt vom Versuche und die tätige Reue berücksichtigt, ist zu ersehen, dass eine Analogie hier nicht am Platze ist. „Kein Deutscher Strafrichter wird und darf ein Gesetz zu Gunsten des Teilnehmer an einer Straftat anwenden, wenn es ausdrücklich nur für den Täter gegeben ist." (Meves S. 408).

Mit diesem Satze erledigt Meves zugleich Herzogs[5]) **argumentatio a maiore ad minus:** kein Teilnehmer im weiteren Sinne erscheine dem Gesetz strafbarer wie der Täter; wenn es

---

1) zu § 46, V, ebenso Korn, S. 28, Katzenstein 408 ff., Meves S. 397 ff.

2) Ebenso: Finger 9 324, v. Liszt §§ 48, 52, E 16, 347.

3) Damit erklärt Frank seinen ersten Grund selbst für hinfällig; denn die Annahme eines Analogieschlusses setzt doch voraus, dass Täter und Anstifter hier im Gegensatz zu einander stehen, dass also Täter im engeren, technischen Sinne gebraucht sein muss.

4) im H. H. Band 2 S. 371.

5) S. 266.

nun diesen straflos mache für den Fall, dass er den Eintritt des Deliktschadens verhindere, so müsse Straflosigkeit erst recht dem Teilnehmer in einer Sache zuteil werden, der ein gleiches tut.

v. Liszt[1]) stellt folgende apodiktischen Sätze auf: „Aus der Unselbständigkeit der Teilnahme folgt: 1. Der Anstifter bleibt straflos, wenn er selbst, sei es durch psychische, sei es durch physische Einwirkung, den Beginn der Ausführung der strafbaren Handlung verhindert. 2. Der Anstifter wird für seine Person straflos (§ 46 Z. 1), wenn er die Beendigung der Ausführungshandlung verhindert. 3. Ebenso kann sich, wenn beendeter Versuch vorliegt, der Anstifter durch freiwillige Abwendung des Erfolges (§ 46 Z. 2) einen Strafaufhebungsgrund für seine Person sichern.

Unzweifelhaft ist der zuerst angeführte Satz richtig. Denn nach § 48 liegt eine strafbare Anstiftung nur vor, wenn der Täter auf Grund derselben eine strafbare Handlung begangen hat, also mindestens bis zu einem strafbaren Versuch gelangt ist; wenn daher der Anstifter es nicht dazu kommen lässt, indem er den Beginn der Ausführung der strafbaren Handlung verhindert, so folgt daraus seine Straflosigkeit. Dagegen ist den zu 2) und 3) angeführten Sätzen nicht zuzustimmen. Zu beachten ist, dass v. Liszt[2]) in den beiden Fällen des § 46 nur persönliche Strafaufhebungsgründe[3]) erblickt. Wie kann er dann die beiden Sätze aus der akzessorischen Natur der Teilnahme folgern?

Es dürfte sonach die Unzulässigkeit der Anwendung des § 46 auf den Anstifter nachgewiesen sein. Das Wort „Täter" im § 46 bedeutet „Täter im engeren, technischen Sinne" und der Versuch eines Analogieschlusses (m. E. der aussichtsreichste zur Verteidigung der gegnerischen Ansicht) scheitert an den oben dargelegten Bedenken. Danach ergibt sich für den Anstifter das oben vorgetragene Ergebnis. Vorausgesetzt ist in § 46 immer, dass es bereits zu einem strafbaren Versuche des Angestifteten gekommen ist. Ist dies nicht der Fall, hat der Anstifter durch sein eigenmächtiges Handeln den Anfang der Ausführung der strafbaren Handlung verhindert, so entfällt seine Strafbarkeit nach § 48 St.-G.-B.

Geteilt wird die im Text vertretene Ansicht insbesondere von Olshausen[4]), Heilborn[5]), v. Buri[6]), Langenbeck[7]).

1) S. 231.
2) S. 213.
3) Darüber, ob in den Fällen des § 46 Straf- oder Schuldausschliessungsgründe vorliegen, ist später zu sprechen.
4) § 46, 2.
5) S. 142.
6) S. 59 ff.
7) S. 178 ff.

Eine Ausnahme von dem Vorgetragenen bildet der Fall des § 310, auf den schon Heilborn hingewiesen hat: „Hat der Täter den Brand, bevor derselbe entdeckt und ein weiterer als der durch die blosse Inbrandsetzung bewirkte Schaden entstanden war, wieder gelöscht, so tritt Straflosigkeit ein."

Die Wirkung des Strafaufhebungsgrundes kommt hier jedem Beteiligten zu gute, mag er Täter oder Teilnehmer sein; auch der Anstifter kann sich also hier durch eigenen Rücktritt Straflosigkeit sichern. Dies ist allgemein anerkannt; ebenso ferner, dass hier der Strafaufhebungsgrund nur zugunsten desjenigen wirkt, bei dem er vorliegt[1]).

Wendet man diesen Fall auf den Agent provocateur an, so kommt man zu folgendem überraschenden Ergebnis: Der Lockspitzel, der die Flamme löscht, bevor sie das zu verbrennende Haus ergriffen, ist straflos — denn auch hierauf muss die Vorschrift des § 310 bezogen werden[2]); dagegen ist der Lockspitzel mit Gefängnis zu bestrafen, der einen andern anstiftet, ein paar Kohlen im Werte von wenigen Pfennigen zu stehlen, die Vollendung des Diebstahls aber hindert. Jedoch ist die Bestimmung des § 310 eben eine singuläre; ein Rückschluss auf die Mangelhaftigkeit der im Text vertretenen Ansicht kann man daraus nicht ziehen.

Bisher ist nur die eine Seite der Abwendung des Erfolges beleuchtet worden: Die durch eigenmächtiges Handeln des Anstiffers bewirkte. Weiter zu untersuchen ist, inwieweit der Rücktritt vom Versuche und die tätige Reue beim Angestifteten von Wirksamkeit ist für die Strafbarkeit des Anstifters. Dass der Anstifter straflos ist, wenn der Angestiftete seinen verbrecherischen Entschluss überhaupt nicht betätigte oder von vornherein nur einen Versuch beabsichtigte, ergibt sich wieder aus § 48, weil dann eine strafbare Anstiftung überhaupt nicht vorliegt.

Diese Untersuchung hat es hauptsächlich mit der Frage zu tun: Bildet der Rücktritt vom Versuche und die tätige Reue des Täters einen Strafausschliessungs- oder einen Schuldausschliessungsgrund? Ist das erstere der Fall, so ist der Anstifter trotz der akzessorischen Natur der Teilnahme auch dann zu bestrafen, wenn der Angestiftete auf Grund des § 46 straffrei ist. Denn dann bleibt die begangene Tat als an sich strafbare bestehen, alle nach § 48 erforderlichen Voraussetzungen für die Bestrafung des Anstifters sind also gegeben. Im anderen Falle dagegen kann von einer Bestrafung des Anstifters nicht die Rede sein, denn dann besteht keine strafbare Handlung.

---

1) vergl. z. B. Liszt S. 498, Frank § 310 II.
2) ebenso Heilborn S. 145.

Diese Frage wird von der überwiegenden Mehrheit in Wissenschaft[1]) und Rechtsprechung[2]) dahin entschieden, dass der § 46 nur einen persönlichen Strafausschliessungsgrund gebe und zwar meist unter Berufung auf die Motive.

Dies erklären: „Die Vorschrift des preussischen St.-G.-B., das behufs Annahme eines strafbaren Versuchs auch festgestellt werden müsse, es sei die Vollendung des Verbrechens oder Vergehens nur durch äussere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden, hat der Entwurf nicht aufgenommen. In Uebereinstimmung mit den meisten anderen Strafgesetzbüchern befindet sich derselbe, wenn er in § 44[3]) bestimmt, dass es nur für einen Ausschliessungsgrund rücksichtslos der an und für sich verwirkten Strafe zu erachten sei, wenn der Täter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren. Auf kriminalpolitischen Gründen beruht die fernere Bestimmung des § 44, dass der Versuch als solcher straflos bleiben soll, wenn der Täter zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat."

Die Motive sprechen also ausdrücklich von einem „Ausschliessungsgrund der an und für sich verwirkten Strafe".

Demgegenüber ist nun wiederholt darauf hingewiesen worden, dass die Motive schon im allgemeinen nicht von ausschlaggebender Bedeutung sind, insbesondere aber nicht in Ansehung des § 46, so vor allem von Herzog[4]) und neuerdings von Heilborn[5]). Aber selbst wenn man mit Rücksicht auf Herzogs mitgeteilte Entstehungsgeschichte des § 46 schwankend sein möchte, so wird man sich doch v. Liszts Gründen nicht verschliessen können: „In dem Augenblicke, in welchem die Grenzlinie zwischen den straflosen Vorbereitungshandlungen und der strafbaren Ausführung überschritten wird, ist auch die auf den Versuch gesetzte Strafe verwirkt. Diese Tatsache kann nicht mehr geändert, nicht „nach rückwärts anulliert", nicht aus der Welt geschafft werden. Wohl aber kann die Gesetz-

---

1) vergl. Frank § 46 V, Finger S. 320, Birkmeyer, die Lehre von der Teilnahme Seite 156, Prosch, der Rücktritt vom Versuch (1904) 31 ff., Liszt S. 221, Merkel S. 134, von der älteren Literatur, Bauer, Abs. IS. 409 ff. (1840), Geyer, H. II 371, v. Schwarze, Korn S. 139, A. A.: Heilborn, S. 123 ff., Herzog S. 160, Bindig, Grundriss 126, Kohler 143 ff.

2) vergl. R.-G.: E 3 S. 243; 6, 341; 16, 347.

3) nunmehr § 46.

4) S. 201 ff.

5) S. 120.

gebung aus kriminalpolitischen Gründen dem bereits straffällig gewordenen Täter eine goldene Brücke zum Rückweg bauen."

Diese kriminalpolitischen Gründe gibt Meves[1]) m. E. zutreffend dahin an: „Sowohl der freiwillige Rücktritt, wie die tätige Reue setzen eine Sinnesänderung des Täters, ein Aufgeben des verbrecherischen Entschlusses, einen Wechles des rechtsverletzenden Willens, dem der Täter bisher gefolgt war, voraus; sie beruhen also auf einer Tatsache, die sich im Innern des Menschen vollzieht. Wenn nun das Gesetz diese Tatsache berücksichtigt und ihr Straflosigkeit als Rechtsfolge verheisst, so muss man doch den Willen des Gesetzgebers und die Tendenz seiner Anordnung darin erblicken, dass er den Eintritt einer derartigen Sinnesänderung in dem Verbrecher begünstigen und fördern will; dass er also die Prämie der Straflosigkeit nicht allgemein der Tat, sondern nur der Person des diese Wandlungen durchmachenden Täters zuzubilligen beabsichtigt."

Es ist also zu sagen: § 46 enthält nicht einen Schuldausschliessungsgrund derart, dass auch der Anstifter — selbst wenn er immer noch den verbrecherischen Willen hat! — die „Prämie der Straflosigkeit" lediglich auf Grund der Abwendung des Erfolges durch den Angestifteten erlangt. Vielmehr ist durch § 46 nur ein persönlicher Strafaufhebungsgrund für den Täter gegeben; die Tat selbst wird durch den freiwilligen Rücktritt und die tätige Reue des Täters nicht ihres strafbaren Charakters entkleidet und der Anstifter ist trotz der Abwendung des Erfolges zu bestrafen.

Nun möchte man vielleicht annehmen, dass das so gewonnene Ergebnis für den Anstifter ein ungerecht hartes sei. Durch die Abwendung des Erfolges seitens des Angestifteten wird nur dieser straffrei, nicht auch der Anstifter; und andererseits befreit den Anstifter auch die eigenmächtige Abwendung des Erfolges nicht von Strafe. Dem ist entgegenzuhalten: In allen den Fällen, in denen der Erfolg abgewendet wird, trifft ja den Anstifter nur die Strafe, die auf das versuchte Verbrechen gesetzt ist. Gewiss steht er immer noch schlechter da, als der Täter, dem § 46 Straflosigkeit gewährt; aber das ist seine Schuld: Warum stiftet er einen andern an? Warum soll er nicht für die Folgen einstehen, wenn er den verbrecherischen Willensentschluss in dem andern geweckt hat?

Aus der Abwendung des Erfolges kann also nicht, wie Korn[2]) und Katzenstein[3]) es versuchen, ein Beweis für die Straflosigkeit des Lockspitzels hergeleitet werden.

---

1) S. 401 a. a. O.
2) S. 28.
3) vergl. S. 410 a. E.

d) Die Einwilligung des Verletzten.

Kohler[1]) gebührt das Verdienst, zuerst auf die Bedeutung der Einwilligung des Verletzten für die Strafbarkeit des Agent provocateur aufmerksam gemacht zu haben. Dass die Einwilligung überhaupt von rechtlicher Bedeutung ist, ist unbestritten; sehr bestritten dagegen, in welchen Fällen sie die Rechtswidrigkeit einer Handlung auszuschliessen vermag. Wesentlich gefördert ist die Klarstellung des Wesens der Einwilligung und ihre Bedeutung durch die eingehenden Untersuchungen Zitelmanns[2]).

Nach Zitelmann hat die Einwilligung rechtsgeschäftlichen Charakter[3]). Ob sie gültig ist oder nicht, ist daher nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen. Ungültig ist die Einwilligung 1. wenn sie gegen die guten Sitten verstösst, 2. wenn sie vom Recht für unwirksam erklärt oder verboten ist. Gültig ist sie dagegen, wo die Handlung nur im Interesse des „Rechtsinhabers" vorgenommen ist. Dies ist nach allgemeiner Ansicht z. B. beim Angriff auf die weibliche Geschlechtsehre[4]), ferner bei Körperverletzungen der Fall[5]).

Durch die gültige Einwilligung gibt der Rechtsinhaber dem Täter durch die Einwilligung das Recht zu ihrer Vornahme[6]). Daraus folgt, dass, wenn der Agent provocateur von dem Rechtsinhaber die gültige Einwilligung in die Verletzung eines seiner Rechtsgüter erlangt hat, weder der Agent provocateur noch der Täter strafbar ist.

Kohler ist in dem einzigen von ihm behandelten Fall — der Agent provocateur ist Eigentümer [illegible] Sache — zu einem anderen Ergebnis gekommen. [illegible] zweifelhaft sein, dass hier der Täter wegen Unterschlagung strafwürdig, der Anstifter straflos ist. Wenn man [illegible] Strafbarkeit des Täters wegen der Einwilligung des [illegible] berechtigten Eigentümers verneint, darf man nicht [illegible] übersehen, dass der Eigentümer [illegible] Wegnahme nicht für die Aneignung, [illegible] Aneignung dieser eine [illegible] gestattet hat[7]).

---

1) Annalen S. 96, Studien S. 126.
2) Archiv für die zivilistische Praxis S. 47 ff.
3) Ähnlich schon Kessler, der sie mit der [illegible] vergleicht.
4) v. Liszt S. 155 Anm. 7.
5) Für Straflosigkeit in allen Fällen Frank § 226, Olshausen § 223 Anm. 9, Kessler S. 78, Frank S. 165 [illegible]
6) Gegen das „Recht" des Täters: [illegible]
7) Annalen S. 98 Anm. 1.

Wie Heilborn[1]) richtig bemerkt, erklärt Kohler damit eine Mentalreservation für wirksam. Der Anstifter lässt die Wegnahme nicht nur geschehen, sondern er erklärt den Willen, dass sie geschehe. Und zwar will er, dass der Angestiftete die Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung an sich nehme. Er gibt nicht das Eigentum, aber die Sache dem Angriff preis, erklärt seine Einwilligung mit der Besitzentsetzung und dem Besitzerwerb der Angestifteten — bis sie diesem wieder abgenommen wird. Dieser stillschweigende Vorbehalt erklärt sich daraus, dass der Anstifter an eine Eigentumsübertragung nicht denkt."

Der Agent provocateur will also hier tatsächlich bestohlen werden. Seine Einwilligung in den Diebstahl muss also dem Täter zustatten kommen.

Es ist hier nicht die Aufgabe, zu untersuchen, wann eine wirkliche und giltige Einwilligung des Verletzten, mag er ein Dritter oder der Agent provocateur selber sein, vorliegt. Darüber ist man sich einig: liegt giltige Einwilligung vor, so entfällt die Rechtswidrigkeit der Handlung[2]), in solchen Fällen[3]) ist dann allerdings der Agent provocateur straflos — der Täter aber auch. Die Tätigkeit des Agent provocateur würde also ihren Zweck, den Täter in Strafe zu bringen, nicht erreichen.

1) S. 180.
2) s. Heilborn S. 177, Singewald S. 99, Frank S. 104.
3) Beispiele bei Heilborn S. 167 ff.

Lebenslauf.

Ich, Ernst Deubert, bin am 9. September 1886 zu Quedlinburg geboren, besuchte in Quedlinburg die Vorschule und das Kgl. Gymnasium und erhielt Ostern 1905 das Zeugnis der Reife. An den Universitäten Bonn, Berlin und Halle widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft. Die erste juristische Prüfung bestand ich am 20. Juni 1908. Am 1. Juli 1908 wurde ich zum Referendar ernannt.

Thesen.

1. Der Vorsatz des Anstifters geht darauf, dass der andere eine strafbare Handlung begehe, nicht darauf, dass er sie auch vollende.
2. Der sogenannte „Möbelleihvertrag" ist seiner rechtlichen Natur nach Kauf-, nicht Mietvertrag.
3. Einschleichen in diebischer Absicht kann den Versuch eines schweren Diebstahls im Sinne des § 243 Nr. 7 St.-G.-B. darstellen.
4. Die Verjährung der Strafverfolgung wegen Beihilfe wird selbständig durch richterliche Handlungen unterbrochen, die sich ausschliesslich gegen den Gehilfen richten.
5. Gegen die nach § 180 Z.-V.-G. eingeleitete Zwangsversteigerung ist eine Widerspruchsklage aus § 771 C.-P.-O. unzulässig.
6. In der Benennung von Zeugen für eine unwahre Parteibehauptung kann ein Betrugsversuch liegen.